

DERECHO LABORAL NUEVAS RELACIONES EN EL SIGLO XXI - RETOS

*Emmalind García García**

PONENCIA

I. Planteamiento general	291
II. Controversias laborales del siglo XXI	294

I. Planteamiento general

El inicio del siglo XXI se ha caracterizado por el impacto de cambios sustanciales en muchas áreas de nuestro diario vivir, algunos generados a mediados del siglo anterior y otros surgidos en las primeras décadas de éste. Un ejemplo reciente de un evento trascendental, cuyo efecto veremos en los próximos años lo fue la renuncia del dirigente máximo de la Iglesia Católica, algo que no ocurría hace más de seis siglos, con la correspondiente coexistencia de dos dirigentes máximos en un mismo periodo histórico.

Algunos de los cambios que ocurren en nuestro entorno y diario vivir son drásticos, rápidos y notorios. Pero, la mayoría de los cambios sociales y económicos son lentos, paulatinos e imperceptibles. En el siglo pasado la discusión académica laboral se enfocaba en el desarrollo y en los efectos de la revolución industrial en las relaciones de trabajo. Atrás quedaba la relación del mundo feudal denominada “siervo y señor” (*master and servant*) que pasó a ser parte del derecho común. Esta figura jurídica, aunque aún se utiliza en el análisis de controversias laborales, dio paso a otra figura que se incorporó en el derecho anglosajón conocida como “empleo a voluntad” (*employment at will*). Esta doctrina postula que el empleador puede seleccionar a

* La autora es Jueza del Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico y profesora de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. El artículo forma parte de una conferencia de Derecho Laboral los días 8 y 9 de mayo de 2013 titulada *Nuevas relaciones en el Siglo XXI-Retos*. Para dicha conferencia se seleccionaron los temas que a juicio de la autora son los de mayor relevancia. Las expresiones que hace la autora en este artículo no representan el sentir u opinión de la Rama Judicial de Puerto Rico.

quien quiera y lo puede despedir cuando quiera; y el empleado, además de que puede trabajar con quien quiera, puede abandonar el puesto cuando quiera.

De igual forma, el desarrollo de la manufactura en el siglo pasado introdujo nuevas controversias que fueron atendidas de forma distinta en países diferentes. En el caso de Puerto Rico, que tenía una estrecha relación con Europa a través del mundo hispanico, adoptó leyes de protección a los trabajadores que, al presente, no tienen su equivalente en Estados Unidos.

Mientras esto ocurría en Puerto Rico, en Estados Unidos la nueva forma de producir comienza a reglamentarse a nivel federal mediante legislación aprobada en la década de los años treinta del siglo XX. Fue durante esta época, denominada *Nuevo Trato*, que el gobierno federal le dio importancia a la protección de los trabajadores esperando que ello condujera a un repunte de la maltrecha economía; se legisló el sistema de retiro universal para los trabajadores conocido como el *Seguro Social*; se aprobó una ley para reglamentar un salario mínimo y una jornada máxima de labor, conocida como la *Ley Federal de Normas Razonables del Trabajo*.¹

También durante este período se permitió la organización de trabajadores en sindicatos, se obligó a los patronos a entrar en negociaciones colectivas y se extendió a los trabajadores un derecho estatutario a la huelga, mediante la aprobación de la *Ley Wagner*,² eventualmente convertida en la actual *Ley Taft-Hartley*.³ Se aprobó otra ley federal, la *Ley Norris La Guardia*⁴ aún vigente, que le quita jurisdicción a los tribunales federales para intervenir en disputas laborales. Esta última ley fue una reacción a la práctica generalizada del sector manufacturero e industrial de acudir a los tribunales buscando la paralización de actividades concertadas de los trabajadores mediante el uso del *injunction*.

Esta práctica no fue la única utilizada por el sector empresarial para impedir la organización de trabajadores en sindicatos que habían venido a sustituir los gremios y las cajas europeas. Se utilizó también la *Ley Sherman*,⁵ que en su origen fue una ley comercial para desmovilizar la organización por su fuerte remedio de triple daños. Aunque posteriormente fue enmendada por la *Ley Clayton*,⁶ para reducir el impacto que la aplicación de esta ley estaba ocasionando en los sindicatos, al presente sigue siendo un instrumento paralizante de ciertas actividades concertadas que podrían llevar a cabo sindicatos con grupos no laborales como instituciones religiosas o políticas.

Pasada la década del 30 del siglo XX, se aprobaron otras leyes laborales federales, tales como: la *Ley de Derechos Civiles* de 1964, también conocida como *Título VII*;

¹ *Fair Labor Standards Act*, 29 U.S.C.A. § 201 *et seq.* [en adelante FLSA].

² *National Labor Relations Act*, 29 U.S.C.A. § 151 *et seq.*

³ 80 H.R. 3020, Pub. L. No. 80-101, 61 Stat. 136 (1947).

⁴ *Norris-La Guardia Act*, 29 U.S.C.A. §§ 101-115.

⁵ *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C.A. § 1.

⁶ *Clayton Antitrust Act*, 15 U.S.C.A. § 12.

The Age Discrimination in Employment Act (conocida como ADEA por sus siglas en inglés), ley que prohíbe discrimen en el empleo por razón de edad;⁷ y la ERISA,⁸ ley que reglamenta los planes de pensiones y beneficios del sector privado. En el año 1990 se aprobó una ley abarcadora de protección a las personas con impedimentos físicos y mentales, conocida como *Ley ADA*,⁹ y a finales del siglo, en el 1993 se aprobó la *Ley de Licencia Médica y Familiar*¹⁰ que provee, entre otras cosas, licencia sin sueldo, para el nacimiento de niños, independientemente del sexo de la persona que la solicita.

A mediados del siglo XX y a la par con la aprobación de leyes laborales, mientras surgían y se atendían conflictos propios de la Revolución Industrial, comenzó paulatinamente otra gran revolución, la tecnológica. El desarrollo de la tecnología y su engendro, el internet, y las redes cibernéticas, comenzaron a cambiar el mundo. Es posible que algunos de ustedes recuerden que el conflicto bélico en Kuwait Irak, se pudo observar a través de la televisión. Lo lejano y lo desconocido fue quedando atrás, dando paso a los avances tecnológicos que han invadido nuestro entorno y nuestro diario vivir.

Llegamos al siglo XXI con un avance de la tecnología que ha permitido alcanzar una mayor productividad y más resultados. Sin embargo, al mismo tiempo se ha ido desplazando el capital humano de una empresa, sea esta privada o pública. La tecnología ha hecho innecesaria la intervención humana en la realización de un altísimo por ciento de las actividades que se llevan a cabo en el mundo del trabajo. Las máquinas altamente tecnológicas llamadas *robots*, además de utilizarse para realizar trabajo que antes hacían varios empleados, ahora sustituyen al hombre o a la mujer en múltiples tareas. El mantenimiento de residencias y negocios, los movimientos de equipos, los autos, e incluso a utilización de aviones como drones, son dirigidos por máquinas computarizadas. Personajes como *La pequeña Lulú, Tobi, Archie, Barbie* y *Ken*, entre otros, han sido sustituidos por los *Autobot*, los *Decepticons*, los *Power Rangers*, *Hero Factory*, etc., personajes tipo robots que ahora captan la atención de nuestros hijos y nietos.

La proliferación y la sofisticación de la tecnología nos han facilitado la vida de muchas maneras. No obstante, estos avances tecnológicos también acarrearán efectos negativos para la humanidad. Por ejemplo, han generado un incremento en el por ciento de personas desempleadas en el mundo, en Estados Unidos y en Puerto Rico, y consecuentemente un aumento en niveles de pobreza.¹¹ Además del aumento en la tasa de desempleo, debemos añadir un retorno al trabajo a domicilio, un incremento en trabajo artesanal y en trabajos temporales o sub estándar, como mecanismo para la sobrevivencia. Es preocupante la tendencia de poner al hombre y a la mujer

⁷ *Age Discrimination in Employment Act*, 29 U.S.C.A. § 621 *et seq.* [en adelante ADEA].

⁸ *Employee Retirement Income Security Act*, 29 U.S.C.A. § 1131 *et seq.*

⁹ *Americans With Disabilities Act of 1990*, 42 U.S.C.A. § 12101 *et seq.*

¹⁰ *Family and Medical Leave Act*, 29 U.S.C.A § 2601 [en adelante FMLA].

¹¹ Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality* (W.W. Northon & Company Inc. 2013).

al servicio de la tecnología, en vez de que ésta sea la que esté al servicio de la humanidad.

No hay duda de que la tecnología sirve para propósitos loables como técnicas avanzadas para el mantenimiento de la salud, operaciones por métodos como la paroscopia y mediante uso de rayos laser. Pero, también nos dirige a la pérdida de valores hasta ahora considerados de alta prioridad en la convivencia social como lo es la intimidad. El mero hecho que usted salga a la calle puede interpretarse como una renuncia a su intimidad, los teléfonos están intervenidos y no necesariamente por agencias de seguridad gubernamentales. En fin, estamos viviendo tiempos convulsos en todo lo que nos rodea y en todas partes del mundo. Por ello, las respuestas dadas a viejos problemas no tienen necesariamente que descartarse, pero los tiempos requieren reevaluarlas y posiblemente auscultar nuevas respuestas a nuevos problemas. La inversión de dinero para crear empleos tiene su importancia, pero es más importante aún buscar nuevas soluciones a problemas y reestructurar el orden de las prioridades sociales, políticas y económicas para no terminar esclavos de la tecnología; poner freno en el camino que lleva esta generación para evaluar lo que conviene como sociedad.

Con el propósito de generar o de continuar una discusión fructífera que genere soluciones para nuestro país, comparto con ustedes temas y asuntos pendientes de las relaciones de trabajo que ameritan nuestra atención y análisis profundo en esa búsqueda de nuevas soluciones. El objetivo de esta presentación es generar conciencia de algunos de los temas candentes en el Derecho Laboral y en el derecho de empleo, que significan retos en los próximos años para los trabajadores, sindicatos, patronos grandes y pequeños. Pretendo generar una conversación necesaria sobre ellos, de lo cual todos nos beneficiamos.

II. Controversias laborales del siglo XXI

A. La privatización de la justicia mediante la supremacía del arbitraje

1. El arbitraje como método alternativo de solución de disputas

Antes de que en Estados Unidos se aprobara la *Ley Wagner*, que autorizó la organización de los trabajadores en las empresas privadas y el derecho de estos a decretar huelgas o paralización de la producción, se había aprobado la Ley Federal de Arbitraje.¹² El propósito de dicha ley fue revertir la hostilidad judicial hacia el arbitraje que existía en el derecho anglosajón que habían adoptado los tribunales en Estados Unidos, y poner al arbitraje en el mismo nivel que otros contratos.¹³ Aunque no surgía de la propia ley, desde que fue aprobada y al igual que ocurrió con la *Ley Sherman*, se pensó que ésta solo atendía asuntos sobre las relaciones comerciales.

¹² *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C.A. § 1 *et seq.* [en adelante FAA].

¹³ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 24 (1991).

Ello, porque en la sección 1, la ley dispone que aplica a transacciones marítimas y de comercio. La Ley define comercio como aquel que se da entre los estados o con naciones foráneas en territorio de los Estados Unidos, el Distrito de Colombia o entre estos; excluyendo “[t]he contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce.”¹⁴

Conforme a la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre esta sección, la FAA creó un cuerpo de derecho sustantivo federal que aplica a los tribunales estatales y federales. Por ello, las leyes estatales que invalidan acuerdos de arbitraje cubiertos por el FAA violan la Cláusula de Supremacía de la Constitución de Estados Unidos. Al aprobar el FAA, el Congreso declaró la política pública a favor del arbitraje y le quitó a los estados el poder de requerir el foro judicial para resolver reclamos que las partes voluntariamente acordaron resolver en arbitraje.¹⁵

La aplicabilidad de la FAA a las disputas laborales no se había discutido mucho, aun cuando el arbitraje se fue desarrollando como el método por excelencia para resolver disputas laborales. En *Local 205, United Electrical v. General Electric*,¹⁶ confirmado en *G.C. v. Local*,¹⁷ el Tribunal de Apelaciones para el Primer Circuito expresó:

We have then reached the ultimate major question of this appeal: Is a collective bargaining agreement a ‘contract of employment’ within the meaning of § 1? We hold that it is not . . .

Courts decisions are divided on the breadth of the exclusion in § 1 of the U.S. Arbitration Act . . .

Therefore, we hold that the exclusion in § 1 does not embrace collective bargaining agreements, as distinguished from individual ‘contracts of employment’, and that the Arbitration Act applies to collective bargaining agreements within the limitations of other sections of the Act . . .

The case will therefore be remanded for further proceedings under the Arbitration Act. Since our decision makes clear for the first time in this circuit that the Act is applicable, the district court should now permit the parties to amend their pleadings so as to allege, respectively, compliance with the requisites of the Act and defenses afforded by it.¹⁸

¹⁴ 9 U.S.C. § 1.

¹⁵ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984).

¹⁶ *Local 205, United Electrical v. General Electric*, 233 F.2d 85 (1er. Cir. 1956).

¹⁷ *G.C. v. Local*, 353 U.S. 547 (1957).

¹⁸ *Local 205*, 233 F.2d. págs. 98-101.

En el mismo año, la Corte de Apelaciones para el Primer Circuito en *United Electrical, Radio & Machine Workers v. Worthington Corp.*,¹⁹ también resolvió que la sección 9 de la FAA no aplicaba a acciones cubiertas por la sección 185 de la *Ley Taft-Hartley* presentadas por un sindicato o uno de sus miembros para poner en vigor un laudo cuando el patrono se niega a cumplir una orden de la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo. La sección 9 de dicha Ley es la que establece el proceso para poner en vigor un laudo de arbitraje.²⁰

Quedó pendiente si la FAA aplica a los acuerdos individuales de empleo pre disputa quedó pendiente y parecería que el arbitraje laboral evolucionó al margen de la FAA. En el año 1991, Tribunal Supremo de Estados Unidos se enfrentó a la controversia sobre si un corredor de inversiones venía obligado a arbitrar su reclamación de discriminación en el empleo. El Tribunal concluyó que sí porque la ley que reglamentaba este tipo de actividad profesional requería la solución mediante arbitraje.²¹ En la Opinión Disidente de los Jueces Asociados Stevens y Marshall, éstos expresaron su preocupación por la extensión de la FAA a los contratos laborales individuales de la siguiente manera.

There is little dispute that the primary concern animating the FAA was the perceived need by the business community to overturn the common-law rule that denied specific enforcement of agreements to arbitrate in contracts between business entities. The Act was drafted by a committee of the American Bar Association (ABA), acting upon instructions from the ABA to consider and report upon “the further extension of the principle of commercial arbitration” . . . At the Senate Judiciary Subcommittee hearings on the proposed bill, the chairman of the ABA committee responsible for drafting the bill assured the Senators that the bill “is not intended [to]

¹⁹ *United Electrical, Radio & Machine Workers v. Worthington Corp.*, 236 F.2d 364 (1er. Cir. 1956).

¹⁹ *United Electrical, Radio & Machine Workers v. Worthington Corp.*, 236 F.2d 364 (1er. Cir. 1956).

²⁰ 9 U.S.C.A. § 9 dispone lo siguiente:

Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; procedure If the parties in their agreement have agreed that a judgment of the court shall be entered upon the award made pursuant to the arbitration, and shall specify the court, then at any time within one year after the award is made any party to the arbitration may apply to the court so specified for an order confirming the award, and thereupon the court must grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title. If no court is specified in the agreement of the parties, then such application may be made to the United States court in and for the district within which such award was made. Notice of the application shall be served upon the adverse party, and thereupon the court shall have jurisdiction of such party as though he had appeared generally in the proceeding. If the adverse party is a resident of the district within which the award was made, such service shall be made upon the adverse party or his attorney as prescribed by law for service of notice of motion in an action in the same court. If the adverse party shall be a nonresident, then the notice of the application shall be served by the marshal of any district within which the adverse party may be found in like manner as other process of the court.

²¹ *Gilmer v. Interstate*, 500 U.S. 20 (1991).

be an act referring to labor disputes, at all. It is purely an act to give the merchants the right or the privilege of sitting down and agreeing with each other as to what their damages are, if they want to do it. Now that is all there is in this” . . . At the same hearing, Senator Walsh stated: “The trouble about the matter is that a great many of these contracts that are entered into are really not [voluntary] things at all. Take an insurance policy; there is a blank in it. You can take that or you can leave it. The agent has no power at all to decide it. Either you can make that contract or you cannot make any contract. It is the same with a good many contracts of employment. A man says, ‘These are our terms. All right, take it or leave it.’ Well, there is nothing for the man to do except to sign it; and then he surrenders his right to have his case tried by the court, and has to have it tried before a tribunal in which he has no confidence at all.”²²

Diez años después, en *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*,²³ el Tribunal Supremo atendió una controversia que había quedado pendiente: la obligatoriedad de arbitrar disputas que surjan de un contrato individual de empleo. Al interpretar la exclusión de la sección 1 del FAA el Tribunal Supremo de Estados Unidos concluyó que esta exime de su aplicación a los contratos de empleo de trabajadores de transportación. Hasta ese momento se pensaba lo contrario. La FAA aplicaba a contratos de empleo como el caso de *Circuit City* en el que Adams trabajaba en una tienda de efectos electrónicos y que firmó un acuerdo de someter a arbitraje las disputas laborales futuras al llenar la solicitud de empleo.²⁴ En la opinión disidente los jueces asociados Stevens, Ginsburg, Breyer and Souter expresaron:

Times have changed. Judges in the 19th century disfavored private arbitration. The 1925 Act was intended to overcome that attitude, but a number of this Court’s cases decided in the last several decades have pushed the pendulum far beyond a neutral attitude and endorsed a policy that strongly favors private arbitration. The strength of that policy preference has been echoed in the recent Court of Appeals opinions on which the Court relies. In a sense, therefore, the Court is standing on its own shoulders when it points to those cases as the basis for its narrow construction of the exclusion of § 1. There is little doubt that the Court’s interpretation of the Act has given it a scope far beyond the expectations of the Congress that enacted it.²⁵

Con *Circuit City Stores*, se comenzó la tendencia a resolver mediante arbitraje toda controversia laboral, pues no existe limitación sobre el tipo de reclamación

²² *Id.* pág. 39 (Stevens y Marshall, JJ., disidente).

²³ 532 U.S. 105 (2001).

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* págs. 131-132 (Stevens, Ginsberg, Breyer y Souter, JJ., disidentes).

laboral que se puede someter a arbitraje, desplazando con ello el sistema judicial. El principio se reiteró en *E.E.O.C. v. Waffle House, Inc.*,²⁶ aunque se liberó a la EEOC de un acuerdo de arbitraje entre la empleada y el patrono. En la Opinión, también se expuso que la sección 2 de la FAA, generalmente hace ejecutable una cláusula escrita de arbitraje en cualquier transacción marítima o contrato que evidencie una transacción comercial.²⁷ Se enfatiza que la Ley aplica a actividades en el comercio interestatal. No obstante, en el año 1995 en *Allied-Bruce Terminix Companies, Inc. v. G. Michael Dobson*,²⁸ el Tribunal ya había expresado que la frase *involving commerce* que incluía la FAA tenía un significado amplio.²⁹

Además de ampliar el alcance de la cubierta de la FAA, en *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*,³⁰ se discutió a quién le correspondía determinar si las partes en controversia acordaron ir a arbitraje en sustitución del tribunal. El Tribunal señaló que le correspondía al árbitro porque lo que el empleado impugnó en ese caso fue si el acuerdo era irracional u opresivo y no cuestionó la delegación del poder judicial al árbitro. La impugnación de una disposición del contrato, e incluso el contrato en su totalidad, no impiden que un tribunal ponga en vigor el acuerdo de arbitrar. El Tribunal nos recuerda que “[A]s a matter of substantive federal arbitration law, an arbitration provision is severable from the remainder of the contract”.³¹ Nuevamente hubo una fuerte Opinión Disidente. En esta ocasión, los jueces asociados Stevens, Breyer, Ginsburg y Sotomayor, sostuvieron que los asuntos que abren las puertas de los tribunales (*gateway matters*) deben ser resueltas por los tribunales. La siguiente cita ilustra el malestar de estos jueces con la tendencia de continuar cerrando las puertas de los tribunales:

[T]his case lies at a seeming crossroads in our arbitration jurisprudence . . . Today the Court adds a new layer of severability- - something akin to Russian nesting dolls-into the mix: Courts may now pluck form a potentially valid arbitration agreement even narrower provisions that refer particular arbitrability disputes to an arbitrator.

[W]hen a party raises a good-faith validity challenge to the arbitration agreement itself, that issue must be resolved before a court can say that he

²⁶ 534 U.S. 279 (2002).

²⁷ *Id.*

²⁸ *Allied-Bruce Terminix Companies, Inc. v. G. Michael Dobson*, 513 U.S. 265 (1995).

²⁹ El Tribunal señala lo siguiente: “[w]e conclude that the word ‘involving’, like ‘affecting’, signals an intent to exercise Congress’ commerce power to the full.” *Id.* págs. 273-274. Por otro lado, la *Federal Arbitration Act* define transacciones marítimas y de comercio como aquellas entre los estados o con naciones foráneas, en territorio de los Estados Unidos, el Distrito de Colombia o entre éstos, excluyendo “[c]ontracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce.”

³⁰ 130 S.Ct. 2772 (2010).

³¹ *Id.* pág. 2778 (citando a *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440, 445 (2006)).

clearly and unmistakably intended to arbitrate that very validity question. This case well illustrates the point: If respondent's unconscionability claim is correct—i.e., if the terms of the agreement are so one-sided and the process of its making so unfair—it would contravene the existence of clear and unmistakable assent to arbitrate the very question petitioner now seeks to arbitrate. Accordingly, it is necessary for the court to resolve the merits or respondent's unconscionability claim in order to decide whether the parties have a valid arbitration agreement under § 2. Otherwise, that section's preservation or revocation issues for the Court would be meaningless.³²

El arbitraje como método alternativo de solución de disputas se fomenta sobre el fundamento de que es más sencillo, más rápido y menos costoso que el foro judicial. Pero, al validar una cláusula de arbitraje en un contrato individual de empleo se cuestiona si estos fundamentos benefician al trabajador. En particular, si el costo o su sencillez les es favorable. Por lo regular el éxito de un proceso de arbitraje descansa en la neutralidad del árbitro, que se logra si las dos partes aportan al pago de honorarios, mientras que el foro judicial te ofrece la neutralidad que todos sufragamos a través del pago de contribuciones. Sobre la sencillez, también es cuestionable si es conveniente al trabajador entrar en los méritos de una disputa sin el beneficio de un descubrimiento de prueba.

Durante la expansión del alcance del arbitraje, en un caso ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos se discutió el problema del costo para los litigantes individuales que estaban en desventaja económica frente a sus patronos. La controversia se presentó en *Green Tree Financial Corp. Alabama v. Randolph*,³³ pero el Tribunal Supremo rechazó atender la controversia porque no se presentó en el tribunal inferior, sino en la etapa apelativa.

[W]e believe that where, as here, a party seeks to invalidate an arbitration agreement on the ground that arbitration would be prohibitively expensive, that party bears the burden of showing the likelihood of incurring such costs. Randolph did not meet that burden. How detailed the showing of prohibitive expense must be before the party seeking arbitration must come forward with contrary evidence is a matter we need not discuss.³⁴

En otro caso no laboral en el cual se cuestionó el costo de un proceso de arbitraje, el Tribunal Supremo en *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*,³⁵ que cuando una ley estatal prohíbe el arbitraje de determinadas reclamaciones la FAA desplaza la regla

³² *Id.* págs. 2785-2786 (Stevens, Breyer, Ginsburg y Sotomayor, J., disidente).

³³ *Green Tree Financial Corp. Alabama v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2000).

³⁴ *Id.* págs. 522-523.

³⁵ *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740 (2011).

conflictiva aunque ello representa un proceso más costoso para los reclamantes. El Tribunal concluyó que no era válida una norma estatal que impidió el arbitraje en pleitos de clase, rechazando el argumento de que las reclamaciones no eran por mucha cantidad y obligarles a pagar un árbitro y representarse individualmente, les sería muy costosa.

En Puerto Rico, los árbitros eran amigables componedores. De acuerdo al Artículo 1719 del Código Civil de Puerto Rico, las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas.³⁶ Las disposiciones en el Código Civil aplicable a transacciones son aplicables a los compromisos para que un tercero resuelva.³⁷

La *Ley de Arbitraje Comercial*³⁸ enmendó la ley que existió desde el 1904. Esta ley autoriza el arbitraje antes y después de las disputas. Dicha ley dispone que el convenio de arbitraje será válido, exigible e irrevocable salvo por los fundamentos que existieran en derecho para la revocación de cualquier convenio. Mientras, el Artículo 22 dispone como causas para la revocación de laudos de arbitraje las siguientes: (a) si se obtuvo por corrupción, fraude u otro medio indebido; (b) si hubo parcialidad o corrupción evidente del o los árbitros; (c) si la vista no se pospuso luego de demostrarse justa causa para ello o el árbitro rehusó oír prueba pertinente y material o si incurrió en error que perjudique los derechos de cualquiera de las partes; (d) si el árbitro se extendió en sus funciones o cuando el laudo emitido no resuelve en forma final y definitiva la controversia que se le sometió; (e) si no hubo sumisión o acuerdo de arbitraje válido y el procedimiento dio inicio sin diligenciar la notificación de arbitrar o la moción para obligar a arbitrar.³⁹

Siguiendo la trayectoria a favor del arbitraje, en Puerto Rico se ha desarrollado una fuerte política pública a favor de este método de solución de disputas.⁴⁰ En *Municipio Mayagüez v. Lebrón*,⁴¹ el Tribunal reiteró lo que había dicho en *Paine Weber Inc. v. Sociedad de Gananciales*,⁴² respecto a la aplicabilidad de la FAA a nuestro ordenamiento legal.⁴³ Nos dice, que “[s]egún la Ley Federal de Arbitraje .

³⁶ 31 L.P.R.A. § 4841.

³⁷ 31 L.P.R.A. § 4842.

³⁸ *Ley para Autorizar la Celebración de Convenios de Arbitraje en Puerto Rico*, Ley Núm. 376-1951, 32 L.P.R.A. § 3201 *et seq.*

³⁹ 32 L.P.R.A. § 3222.

⁴⁰ *U.C.P.R. v. Triangle Engineering Corp.*, 136 D.P.R. 133 (1994).

⁴¹ 167 D.P.R. 713 (2006).

⁴² 151 D.P.R. 307 (2000).

⁴³ “El FAA es aplicable, también, en los tribunales estatales, *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984). Recientemente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió, además, que dicho estatuto cubre las cláusulas de arbitraje incluidas en los contratos de empleo, con ciertas limitadas excepciones que no aplican al caso de auto . . . Sin embargo, el FAA fue promulgado por el Congreso bajo la Cláusula de Comercio . . . Como tal, sus disposiciones sólo se activan cuando las partes alegan y prueban que la transacción en la controversia formó parte del comercio interestatal . . .”. *Medina Betancourt v. La Cruz Azul de P.R.*, 155 D.P.R. 735, 742 (2001).

. . . cuando existe un convenio válido y exigible de arbitraje, los tribunales carecen de discreción con respecto a su eficacia”.⁴⁴ Asimismo, en *S.L.G. Méndez Acevedo v. Nieves Rivera*,⁴⁵ el Tribunal confirmó que la FAA aplica tanto a los tribunales federales como a los estatales y requiere que éstos hagan cumplir los contratos de arbitraje acordados por las partes como cualquier otro convenio, pues como regla general el campo estará ocupado por esta ley. El Tribunal explicó que la aplicación estatal del mencionado estatuto, se limita únicamente a los contratos en el comercio interestatal, término que suele ser muy abarcador.

Luego, en *Martínez Marrero v. González Droz*,⁴⁶ un caso en el que el Tribunal Federal para el Distrito de Puerto Rico pidió que se le certificara si las partes podían mediante el arbitraje renunciar al foro judicial y optar por el arbitraje en un caso de impericia médica, el Tribunal certificó que el acuerdo de arbitraje no era válido. Dispuso que éste atentaba contra el orden público al servir de freno a la libertad contractual, pues los reclamos de impericia médica se atienden a la luz del derecho de responsabilidad extracontractual. Manifestó que los tribunales son los foros que dispone la ley para dirimir estos casos, refiriéndose a la ley estatal sobre impericia médica, y como tales no podían ser relegados para favorecer de otras alternativas. Según el Tribunal, esto significa que “[I]a amplitud del lenguaje de la *Ley de Arbitraje Comercial* podría cobijar una situación como la [del] caso, si no fuera por la enmienda que se hizo al Código de Seguros en 1986”.⁴⁷ El Art. 41.080 del Código de Seguros tuvo el efecto de establecer como política pública que toda reclamación civil por impericia médica comienza con una demanda civil en los tribunales e indicó que por **no** tratarse de un área cobijada por la FAA, la Asamblea Legislativa podía establecer válidamente una excepción al arbitraje en estos casos.⁴⁸

Poco tiempo después de que nuestro Tribunal Supremo certificara esta decisión, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió *Marmet Health Care Center, Inc. v. Brown*,⁴⁹ también sobre una reclamación de daños por negligencia de los parientes de unos residentes de un centro de cuidado de salud. Ante la defensa de que la ley del estado permitía la acción en el tribunal, sin discutir si se trataba de una transacción en el comercio interestatal, ante la petición y oposición a someterse a arbitraje, el Tribunal estableció lo siguiente: “[W]hen state law prohibits outright the arbitration of a particular type of claim, the analysis is straightforward: The conflicting rule is displaced by the FAA.”⁵⁰

Posteriormente en otra opinión, en esta ocasión *per curiam*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos volvió a atender una controversia de arbitraje. Una vez más

⁴⁴ *Municipio*, 167 D.P.R. pág. 713 (citando a *Paine Weber, Inc.*, 151 D.P.R. págs. 311-312).

⁴⁵ 179 D.P.R. 359 (2010).

⁴⁶ 180 D.P.R. 579 (2011).

⁴⁷ *Id.* pág. 603.

⁴⁸ 26 L.P.R.A. § 4108.

⁴⁹ 132 S.Ct. 1201 (2012).

⁵⁰ *Id.* pág. 1203 (citando a *AT&T Mobility LLC*, 131 S.Ct. pág. 1747).

validó la obligación de arbitrar si así se ha pactado voluntariamente y enfatizó en la carencia de autoridad de tribunales estatales para hacer interpretaciones propias de derecho que se apartan del derecho sustantivo federal sobre la FAA. Así en *Nitro-Lift Technologies, L.L.C. v. Lee Howard*,⁵¹ dispuso lo siguiente: “It is a matter of great importance, therefore, that state supreme courts adhere to a correct interpretation of the legislation”.⁵² La expresión citada responde a que el Tribunal determinó que el tribunal de Oklahoma descartó los precedentes de la FAA:

It is well settled that ‘the substance law the Act created [is] applicable in state and federal courts . . . And when parties commit to arbitrate contractual disputes, it is a mainstay of the Act’s substantive law that attacks on the validity of the contract, as distinct from the attacks on the validity of the arbitration clause itself, are to be resolved by “the arbitrator in the first instance, not by a federal or state court . . . For these purposes, an “arbitration provision is severable from the remainder of the contract (if the arbitration provision is valid) is for the arbitrator to decide.”⁵³

Resulta interesante que incluso los jueces disidentes en casos previos de arbitraje laboral dieron su voto para la decisión. Tendremos que esperar para saber si su queja sobre el amplio alcance que se le ha dado al arbitraje se limita a los casos laborales.

2. Aplicación en las reclamaciones laborales

Otra vertiente del impacto del arbitraje como sustituto del sistema judicial en reclamaciones laborales es su aplicabilidad a las reclamaciones con base estatutaria como lo son reclamaciones de discrimen en el empleo. En *Wright v. Universal Maritime Service Corp.*,⁵⁴ el Tribunal Supremo de Estados Unidos expuso que podría reconsiderar un caso anterior en el cual había concluido que una reclamación estatutaria de discrimen debía atenderse en el tribunal.⁵⁵ También, que la cláusula pertinente en el caso no era clara e inequívoca a favor de arbitrar el reclamo estatutario:

[T]he right to a federal judicial forum is of sufficient importance to be protected against less-than-explicit union waiver in a CBA. The CBA in this case does not meet that standard. Its arbitration clause is very general, providing for arbitration of “matters under dispute” . . . which

⁵¹ 133 S.Ct. 500 (2012).

⁵² *Id.* pág. 501.

⁵³ *Id.* pág. 503.

⁵⁴ 525 U.S. 70 (1998).

⁵⁵ *Id.* pág. 70 (citando a *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, 415 U.S. 36, 49-51 (1974)).

could be understood to mean matters in dispute under the contract. And the remainder of the contract contains no explicit incorporation of statutory antidiscrimination requirements.⁵⁶

Luego, en *14 Penn Plaza v. Pyett*,⁵⁷ el Tribunal resuelve que la cláusula del convenio ante una controversia clara e inequívoca (*clearly and unmistakably*) dispone que los casos de discrimen se verán en arbitraje, y dicho acuerdo de arbitraje debe ponerse en vigor. En su dictamen consideró que la ley federal que prohíbe el discrimen en el empleo por edad, ADEA no impide o prohíbe que los casos se vean en arbitraje. El sindicato y el patrono negociaron de buena fe que todas las reclamaciones de discrimen incluyendo aquellas bajo ADEA, irían a arbitraje. Este término, libremente negociado por las partes, cualifica como una condición de empleo o materia mandatoria de negociación al amparo de la sección 159(a) de la *Ley Taft-Hartley*. Como una de las principales políticas de la *Ley Taft-Hartley* es la libertad de contratación y que el Estado no intervenga en las relaciones laborales, se puede negociar todo lo que no esté prohibido, incluyendo las reclamaciones estatutarias de discrimen.

Más aún, el Tribunal establece que lo resuelto en *Gilmer* aplica en el contexto de la negociación colectiva, pues nada en la ley sugiere una distinción entre los acuerdos de arbitraje individuales y los colectivos. No obstante, se distinguen en que el último no requiere el relevo del empleado para evadir el foro judicial, y para que la cláusula se considere hecha voluntariamente y con conocimiento (*knowing an voluntary*). Esto es así porque el consentimiento lo da el sindicato. En un disenso, los jueces asociados Stevens y Souter expresaron lo siguiente: “My concern regarding the Court’s subversion of precedent to the policy favoring arbitration prompts these additional remarks.”⁵⁸ Asimismo en otro voto disidente del juez asociado Souter, al cual se unieron Stevens, Ginsburg y Breyer, éste indica: “But as a treatment of precedent in statutory interpretation, the majority’s opinion cannot be reconciled with the Gardner-Denver Court’s own view of its holding, repeated over the years and generally understood, and I respectfully dissent.”⁵⁹

Por otra parte, sobre la solución de reclamaciones estatutarias a través del arbitraje, nuestro más Alto Foro ha emitido varias decisiones que, ante las recientes expresiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos, deberán armonizarse con estas. En primer lugar, tenemos la opinión de *Ceferino Pérez v. A.F.F.*⁶⁰ Allí, nuestro Tribunal Supremo expresó:

Si sostuviésemos la posición del peticionario en el sentido de que los derechos que surgen de los convenios se pueden arbitrar pero no los

⁵⁶ *Id.* pág. 80.

⁵⁷ 556 U.S. 247 (2009).

⁵⁸ *Id.* pág. 274 (Stevens y Souter, J., disidente).

⁵⁹ *Id.* págs. 285-286 (Souter, Stevens, Ginsburg y Breyer, J., disidente).

⁶⁰ 87 D.P.R. 118 (1963). ⁵⁷ 556 U.S. 247 (2009).

que surgen de la ley o de la Constitución, destruiríamos la negociación colectiva ya que casi todos los derechos que surgen de los convenios colectivos, o por lo menos los más importantes, -derecho a compensación, a vacaciones, a compensación extraordinaria por horas extra, a días de descanso, a días feriados, a reconocimiento de las uniones y de los representantes de los obreros, a condiciones humanas y saludables de trabajo, etc.- se pueden conectar en una forma u otra con la Constitución o con las leyes.⁶¹

A similar conclusión llegó el Tribunal en *Pagán Rodríguez y otros v. Fund. Hosp. Dr. Pila*,⁶² en el cual después de discutir dos casos del Tribunal Supremo de Estados Unidos en los cuales se había permitido a las partes acudir al tribunal a reclamar derechos estatutarios aunque existía un acuerdo de resolver controversias mediante arbitraje,⁶³ el Tribunal indicó que en nuestra jurisdicción se mantenía vigente *Pérez y Beauchamp*. Reiteró que “en ausencia de justa causa, no puede obviarse en el género de caso que nos ocupa el procedimiento que se haya pactado en un convenio, aunque el derecho a la compensación extra se funde en la Constitución o la ley”.⁶⁴

Esta línea de pensamiento se modificó en *Vélez v. Servicios Legales*,⁶⁵ y, así modificada, se repitió en *Medina Betancourt v. La Cruz Azul de P.R.*⁶⁶ En *Vélez v. Servicios Legales*, se distinguió la situación que se presentó en el caso *Pagán Rodríguez y otros*, señalando que la intención del legislador al promulgar la Ley Núm. 17 de Hostigamiento Sexual⁶⁷ era clara al establecer que el empleado afectado por un acto de hostigamiento sexual no se viera obligado a acudir a ningún foro administrativo, interno del Estado o del patrono, ni del que pudiera establecerse en virtud de convenio, antes de recurrir al foro judicial. Mientras, en *Medina Betancourt*, para justificar que la demandante acudiera al foro judicial, aun cuando existía un acuerdo de arbitraje, se indica que la política a favor del arbitraje no era absoluta y tenía sus excepciones. En esta ocasión el Tribunal concluyó que la demandante no tenía que llevar su reclamación de Ley Núm. 100⁶⁸ al foro arbitral, sino que podía y debía acudir directamente al foro judicial.

⁶¹ *Id.* pág. 129.

⁶² *Pagán Rodríguez y otros v. Fund. Hosp. Dr. Pila*, 114 D.P.R. 224 (1983).

⁶³ Véase *Barrentince v. Arkansas Best Freight System*, 450 U.S. 278 (1981) y *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, 415 U.S. 36 (1974).

⁶⁴ *Pagán*, 114 D.P.R. pág. 243.

⁶⁵ *Vélez v. Servicios Legales*, 144 D.P.R. 673 (1998).

⁶⁶ *Medina Betancourt v. La Cruz Azul de P.R.*, 155 D.P.R. 735 (2001).

⁶⁷ *Ley para Prohibir el Hostigamiento Sexual en el Empleo: Imponer Responsabilidades y Fijar penalidades de 1988*, Ley Núm. 17-1988, 29 L.P.R.A. § 155 [en adelante *Ley de Hostigamiento Sexual*].

⁶⁸ *Ley Contra el Discrimen en el Empleo de 1959*, Ley Núm. 100-1959, 29 L.P.R.A. § 146 et seq. [en adelante Ley 100].

El último caso en esta línea lo es *Quiñones-González v. Asoc. Cond. Playa Azul II*.⁶⁹ Éste trata de la reclamación de discrimen por edad de un empleado sindicado. Sobre la dualidad de foro para atender la reclamación, el Tribunal expuso que resultaba forzoso concluir que no procedía, como pretendía la Asociación, quitarle a los tribunales una facultad que expresamente le concedió el legislador. Añade que no solo implica que los tribunales tengan jurisdicción, sino que:

[D]icha jurisdicción es original, es decir, *en su origen, en sus inicios*, en sus comienzos, en su nacimiento, desde el primer momento en que surja la causa de acción. Por ser así, no podemos privar al obrero de un foro que le concedió el legislador para reclamar sus derechos por el hecho que la unión haya pactado someter cualquier disputa laboral al proceso de arbitraje.⁷⁰

El Tribunal concluye que el empleado podía acudir a dicho foro sin necesidad de agotar los remedios arbitrales u optar por acudir al arbitraje pautado en el convenio. El foro sentenciador dispuso que “[e]n estas circunstancias, el obrero tendrá dos foros disponibles para atender su reclamo: el foro judicial (por disposición de ley) y el foro arbitral privado (por disposición del convenio)”.⁷¹

Es necesario destacar que, al igual que en los dos casos previos sobre el tema, el Tribunal hace alusión a que el *Reglamento del Negociado de Conciliación y Arbitraje del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos*⁷² dispone que los servicios de arbitraje no estarán disponible para reclamaciones de discrimen, reservándole el foro judicial a los que opten por utilizar sus servicios. En la discusión no encontramos una expresión sobre el análisis que procedería cuando el acuerdo de arbitraje entre las partes provee otro mecanismo de arbitraje distinto al que provee dicho Negociado. Para ello, debemos esperar decisiones de nuestro Tribunal Supremo siguiendo el desarrollo de este tema en el derecho sustantivo federal.

La reciente tendencia de nuestro Tribunal es la de seguir el derecho sustantivo federal e incluso, en ocasiones, el derecho sustantivo de otros estados en temas que tradicionalmente se resolvían conforme a la normativa civilista. Por tanto, una inferencia permisible es que en este tema sus decisiones serán reproducciones de la normativa expuesta en los casos federales discutidos. Esperemos, por tanto, un retorno a la doctrina de *Ceferino Pérez*. Esto es, si en un contrato comercial o laboral, individual o colectivo se pacta arbitraje, el foro judicial pierde jurisdicción aunque el costo económico que puede representar a la parte en desventaja económica no le deje otra alternativa que renunciar a perseguir o a abandonar una causa de acción contractual o estatutaria.

⁶⁹ *Quiñones-González v. Asoc. Cond. Playa Azul II*, 161 D.P.R. 668 (2004).

⁷⁰ *Id.* págs. 677-678.

⁷¹ *Id.* pág. 679.

⁷² Departamento del Trabajo y Recursos Humanos de Puerto Rico, *Reglamento del Negociado de Conciliación y Arbitraje del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos*, (21 de enero del 1983).

Antes de culminar el tema de arbitraje, quiero resaltar ciertos aspectos que considero relevantes sobre otro tema importancia para el Derecho Laboral Público: el foro para resolver controversias sobre laudos de arbitraje.

3. Los laudos de arbitraje

Nuestro más Alto Foro no se ha expresado sobre el foro hábil para resolver impugnaciones de laudos de arbitraje emitidos por la Comisión Apelativa del Servicio Público⁷³ que atiende los asuntos laborales de los empleados públicos cuyo derecho a la negociación colectiva se le concedió mediante la *Ley de Relaciones del Trabajo para el Servicio Público*.⁷⁴ Esta Ley establece un arbitraje obligatorio o compulsorio ante árbitros de la Comisión de Relaciones del Trabajo, hoy parte de la CASP.

Años después de la aprobación de la Ley y de la creación de la Comisión de Relaciones del Trabajo, surgió la controversia sobre si el foro para impugnar un laudo de arbitraje emitido en virtud de la Ley Núm. 45 era el Tribunal de Apelaciones o por el contrario era el Tribunal de Primera Instancia. Ante la incertidumbre algunos casos se presentaban en el Tribunal de Primera Instancia siguiendo la casuística de impugnación de laudos producto de un arbitraje privado voluntario, y otros casos se presentaban en el Tribunal de Apelaciones siguiendo disposiciones de la Ley Núm. 45.

Si bien el Tribunal Supremo no ha resuelto específicamente la interrogante, en *Departamento de Educación v. Díaz Maldonado*,⁷⁵ luego de discutir la sección 10.1 de Ley Núm. 45, sobre revisión de órdenes y resoluciones finales ante el Tribunal de Apelaciones e indicar que el recurso se atendería discrecionalmente, el Tribunal procedió a considerar los méritos y señalamientos de errores que se hicieron en el recurso que impugnó el laudo de arbitraje. En la discusión expuso que:

[C]uando se acuerda el uso de arbitraje como mecanismo para ajustar las controversias, se crea un foro sustituto a los tribunales de justicia, cuya interpretación merece gran diferencia. Por ello, un laudo basado en una sumisión **voluntaria** está sujeto a la revisión judicial sólo si las partes convienen que la controversia sometida al árbitro sea resuelta conforme a derecho.⁷⁶ (Énfasis nuestro).

⁷³ La misión de la Comisión Apelativa de Servicio Público es servir de foro administrativo, adjudicativo, cuasi-judicial para atender asuntos obrero-patronales y resolver controversias que surjan de la interpretación de la administración de recursos humanos, negociación colectiva, convenios colectivos y los derechos de empleados miembros de organizaciones laborales a empleados públicos del gobierno central, municipios o ciudadanos aspirantes a ingreso en el gobierno. [en adelante CASP]. Véase Comisión Apelativa de Servicio Público, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, <http://www.casp.pr.gov/mision.html>.

⁷⁴ *Ley de Relaciones del Trabajo para el Servicio Público*, Ley Núm. 45-1998 L.P.R.A. [en adelante Ley Núm. 45].

⁷⁵ *Departamento de Educación v. Díaz Maldonado*, 183 D.P.R. 315 (2011).

⁷⁶ *Id.* pág. 325. Véase además, *Pérez v. Com. Rel. Trab. Serv. Pub.*, 158 D.P.R. 180, 181-189 (2002). Un maestro cuyo representante sindical era la Federación de Maestros, solicitó sin la asistencia

En primer lugar, precisa aclarar que los recursos de revisión de agencias administrativas cubiertas por la *Ley de Procedimientos Administrativos Uniforme*⁷⁷ se revisan en el Tribunal de Apelaciones como cuestión de derecho conforme a la *Ley de la Judicatura de 2003*⁷⁸ y a la LPAU. En segundo lugar, cabe preguntarse, ¿es un laudo de arbitraje emitido por un árbitro de la CASP una orden o resolución final de la Comisión revisable ante el Tribunal de Apelaciones conforme a la sección 10.1? En el esquema de la Ley Núm. 45 los árbitros, son empleados de la CASP y emiten laudos, pero responden a los Comisionados que son los que emiten órdenes o resoluciones sobre procesos de representación o de prácticas ilícitas, revisables ante el Tribunal de Apelaciones.

Igual conflicto lo encontramos en cuanto al estándar de revisión de un laudo de arbitraje de partes cubiertas por la Ley Núm. 45. En *Departamento de Educación*, luego de reiterar la normativa de revisión de laudos de arbitraje laboral de patronos cubiertos por la Ley Núm. 130 y la *Ley Taft-Hartley*, el Tribunal concluyó que como las partes acordaron que el laudo se emitiera conforme a derecho, procedía la revisión del laudo en toda su extensión. De este modo el Tribunal transfirió al arbitraje gubernamental **compulsorio**, la norma de revisión de laudos de arbitraje aplicables a las relaciones laborales de la empresa privada y de corporaciones públicas, que parten de acuerdos de arbitraje pactados **voluntariamente**. Cabe señalar que varios paneles del Tribunal de Apelaciones han desestimado impugnaciones de laudos de arbitraje al amparo de la Ley Núm. 45 fundamentado en que su atención corresponde al Tribunal de Primera Instancia y dicho tribunal los está atendiendo.

B. Controversias sobre el contrato de empleo

1. El contrato de empleo

En esta parte abordaré los requisitos que se han establecido para el nacimiento de una relación obrero patronal e intentaré definir varios conceptos que en ocasiones se utilizan indistintamente aun cuando son diferentes.⁷⁹ Una relación de trabajo que

del sindicato, iniciar un proceso de arbitraje. La entonces Comisión de Relaciones del Trabajo del Servicio Público desestimó la petición aduciendo que para iniciar el proceso era necesario el acuerdo de la agencia patrono con el sindicato o mediante cláusula de un convenio colectivo. El maestro acudió al Tribunal de Apelaciones que se declaró sin jurisdicción. El Tribunal Supremo revocó porque el artículo 10 de la Ley Núm. 45-1998 le concede jurisdicción a dicho foro para revisar órdenes y resoluciones finales de la Comisión. Explica que la competencia del Tribunal de Primera Instancia según esta ley se encuentra definida en ella y se refiere a poner en vigor las órdenes y resoluciones finales de la Comisión. No incluye la revisión de éstas.

⁷⁷ *Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme*, Ley Núm. 170-1988 3 L.P.R.A. § 2101 *et seq.* [en adelante LPAU].

⁷⁸ *Ley de la Judicatura del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 2003*, Ley Núm. 201-2003, 4 L.P.R.A. §§ 24(r)-25.

⁷⁹ No existe una clara definición de trabajo y su relación con el arte o los deportes. “Por *industria* se entiende cualquier actividad de los cónyuges, o de cualquiera de ellos en particular, capaz de obtener

genere obligaciones, como cualquier otra relación en nuestra sociedad, se formaliza con el consentimiento, objeto y causa. Salvo determinadas excepciones, no se requiere ningún elemento formal para su constitución. Entre las excepciones por requerir cierta formalidad para su validez se encuentran el contrato probatorio⁸⁰ y el contrato temporal *bona fide*.⁸¹

Dirijo la discusión de este tema al contrato temporal *bona fide* por haber sido objeto de discusión por nuestro Tribunal Supremo, específicamente en un caso del 2011 y mencionado en otro del mismo año. El contrato temporal *bona fide* es aquel que se otorga al iniciar la relación laboral, por un término cierto o para un proyecto o una obra cierta. Se puede utilizar para sustituir durante ausencia de empleado en disfrute de licencia o para llevar a cabo tareas extraordinarias o de duración cierta como son, sin que constituya una limitación: inventarios anuales; reparación de equipo, maquinaria o las facilidades de la empresa; embarque y desembarque casual de carga; trabajo en determinadas épocas como la Navidad; órdenes temporeras de aumentos de producción; o cualquier otro proyecto o actividad particular de corta duración o duración cierta fija.⁸²

La Ley 80 dispone que el mero hecho de que un empleado preste servicios por contrato durante tiempo determinado, por sí solo no tendrá el efecto automático de privarle de la protección de las secciones 185 a la 185(m). Aun si la práctica y circunstancias involucradas u otra evidencia en la contratación fueren de tal naturaleza que tiendan a indicar la creación de una **expectativa de continuidad de empleo** o aparentando ser un contrato de empleo por tiempo indeterminado.⁸³ En consecuencia, un empleado temporero cuya contratación cree una expectativa puede

un beneficio o ganancia, y siempre que la actividad no pueda catalogarse como trabajo en el sentido usual de ese vocablo. La industria es una obra de habilidad o destreza. **Por trabajo se entiende cualquier actividad humana capaz de producir rendimientos económicos**". (Énfasis nuestro). *López v. González*, 163 D.P.R. 275, 286 (2004). En *Mayo Foundation for Medical Ed. and Research v. U.S.*, Opinión de 1 de enero, el Tribunal Supremo de Estados Unidos define empleo como: "[a]ny service . . . performed . . . by an employee for the person employing him . . . but excludes from taxation any "service performed in the employ of . . . a school, college, or university . . . if such service is performed by a student who is enrolled and regularly attending classes at [the school] . . .". *Mayo Foundation for Medical Ed. and Research v. U.S.*, 131 S.Ct. 704, 709 (2011). Sólo excluyó de la definición a los estudiantes cuyo trabajo para la institución es incidental y persigue el propósito de cumplir un curso de estudio.

⁸⁰ Para poder valerse de un período probatorio cuando se establece una relación laboral por tiempo indefinido, el patrono debe asegurarse de cumplir con que el contrato conste por escrito; que contenga la fecha en que comienza y termina el periodo probatorio; que no exceda de 3 meses (90 días), salvo permiso escrito del Secretario del Trabajo, que lo puede prorrogar hasta un máximo de 180 días cuando la naturaleza del trabajo lo requiera; que se firme antes que el empleado comience a prestar servicios para el patrono. Si empleado está representado por un sindicato, la extensión hasta 180 días puede ser por convenio o acuerdo escrito. *Ley de Indemnización por Despido sin Justa causa, Ley de Despido Injustificado* (Ley de Mesada), Ley Núm. 80-1976, 29 L.P.R.A. § 185(h) [en adelante Ley 80].

⁸¹ 29 L.P.R.A. § 185(k).

⁸² *Id.*

⁸³ 29 L.P.R.A. § 185(a).

ser considerado como si hubiese sido contratado sin tiempo determinado; y toda separación, terminación o cesantía, o la no renovación de su contrato, se presumirá que constituye un despido sin justa causa.⁸⁴

Ahora bien, no se activará esta presunción cuando se trate de empleados contratados por un término cierto *bona fide* o para un proyecto u obra cierta *bona fide*. Para valerse del carácter temporal de este tipo de contratación, el patrono debe cumplir con la formalidad que requiere este contrato. Esto es, que el contrato esté por escrito; que en él se haga constar que es por un término cierto o para un proyecto o una obra cierta; y que se firme durante la primera jornada de trabajo o durante los primeros 10 días del comienzo del contrato cuando reclutamiento es por conducto de compañías de servicios temporeros.⁸⁵

Una de las controversias que el Tribunal Supremo identificó en *López Fantauzzi v. 100% Natural*,⁸⁶ fue si en dicho caso el contrato por tiempo fijo era uno *bonafide*. El contrato original entre las partes tenía un término de 30 días. Luego, se le dio a la demandante otro contrato para realizar tareas de corta duración o relacionadas al aumento en producción del negocio y las horas de trabajo se limitaban al horario de operación según las necesidades de éste. La demandante reclamó por despido injustificado y discrimen por razón de embarazo. El Tribunal de Primera Instancia resolvió en contra de la demandante. Determinó que el hecho del embarazo no se le comunicó a la dueña y que la demandante no tenía expectativa legítima de que sus contratos temporeros fueran renovados. El Tribunal Supremo confirmó y concluyó que la relación contractual no generó en la demandante una expectativa de continuidad, denegándole a ésta el pago de la mesada. Fundamentó el dictamen en que los contratos eran *bona fide* y no activaron la presunción de la Ley 80 correspondiente a este tipo de contrato.

En la Opinión se hace un recuento sobre la normativa que aplica a los contratos por tiempo determinado. El Tribunal señala que el despido de un empleado temporero o empleado por tiempo determinado, está regulado de dos formas. En primer lugar, si el empleado hace funciones manuales compatibles a las reguladas en el Art. 1476 del Código Civil⁸⁷ y se despide sin justa causa antes de vencer el contrato, le aplica la Ley 80. Ahora bien, si lo despiden después de vencer el contrato dicha ley no le aplica.⁸⁸ ¿Significa esta expresión del Tribunal que si el contrato por tiempo determinado fue renovado en varias ocasiones, y despiden al empleado luego de concluir el último, éste no podría reclamar al amparo de la Ley 80 por no ser un temporero *bona fide*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ 29 L.P.R.A. § 185(k).

⁸⁶ *López Fantauzzi v. 100% Natural*, 181 D.P.R. 92 (2011).

⁸⁷ “Los empleados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término o para cierta obra no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa”. Art. 1476, 31 L.P.R.A. § 4114.

⁸⁸ *López Fantauzzi*, 181 D.P.R. pág. 127. El Tribunal Supremo incorporó la definición de justa causa de la Ley Núm. ⁸⁰ al artículo 1476 del Código Civil.

y haberse convertido en empleado por tiempo indeterminado? En segundo lugar, si el empleado no hace labores compatibles con el Artículo 1476, entonces se acude a la doctrina de obligaciones y contratos.⁸⁹ El Tribunal cita el Artículo 1 de la Ley 80 para exponer que conforme a la presunción rebatible de que todo despido o negativa de renovación de contrato de un empleado contratado por término u obra cierta será injustificado y sujeto a las protecciones provistas por la Ley 80, a menos que la práctica y circunstancias involucradas u otra evidencia en el contrato indiquen, de forma objetiva, que el patrono no creó en el empleado una expectativa de continuidad de empleo, y tal contrato resulte ser uno *bona fide*. Señala que es crucial, no sólo que el contrato se catalogue de término fijo “[s]ino que resulta imperativo examinar si la práctica y la circunstancias envueltas u otra evidencia en la contratación han creado en el empleado una expectativa de continuidad en el empleo”.⁹⁰

Aunque el Tribunal reconoce que si el patrono no puede probar que el contrato cumple con los elementos del Artículo 11 de la Ley 80 y despide al empleado sin justa causa deberá pagarle la mesada, concluyó que los hechos del caso reflejaban que no se le creó a la demandante una expectativa de continuidad.⁹¹ Por tanto, su último contrato era uno temporero *bona fide* que no violaba la ley, la moral y el orden público. En *López Fantauzzi*, el Tribunal señala que estaba claro que la intención del patrono era contratar por períodos cortos y que el nivel de venta fluctuaba de temporada a temporada. Por ello, consideró que el contrato de 30 días era cónsono con la necesidad del negocio y como López no realizaba “trabajo manual” entonces no aplicaba el Artículo 1476.

La Opinión genera varias interrogantes: la primera se relaciona con el tipo de trabajo que realizaba López que la excluía del Art. 1476. De los hechos se desprende que López atendía una carreta en la cual se vendían los productos de su patrono. En un momento se le dio el nombre a su puesto de líder de grupo, pero de los hechos no se desprende quienes constituían el grupo o de cuántas personas constaba. Estos hechos eran necesarios para determinar si su trabajo, aunque no fuera manual, artesanal o menestral, era uno gerencial o de naturaleza intelectual, distinto al trabajo

⁸⁹ *Id.* El Tribunal indica que a ese análisis deberá añadirse, en lo que no sea incompatible, las protecciones dispuestas en la legislación protectora del trabajo, especialmente los artículos 1 y 11 de la Ley Núm. 80.

⁹⁰ *Id.* pág. 112.

⁹¹ “[S]e considerará *bona fide* un contrato de empleo por un término cierto o para un proyecto o una obra cierta, aquel que se hace **por escrito, durante la primera jornada de trabajo del empleado o en el caso de empleados contratados por compañías de servicios temporeros de empleos, durante los primeros diez (10) días del comienzo de su contrato y que tiene el propósito, y así se hace constar, de sustituir durante su ausencia a un empleado en el uso de licencia legalmente establecida o establecida por el patrono o para llevar a cabo tareas extraordinarias o de duración cierta como son, sin que constituya una limitación, los inventarios anuales, la reparación de equipo, maquinaria o las facilidades de la empresa, el embarque y desembarque casual de carga, el trabajo en determinadas épocas del año como la Navidad, las órdenes temporeras de aumentos de producción y cualquier otro proyecto o actividad particular de corta duración o de duración cierta fija . . .**” (Énfasis nuestro); 29 L.P.R.A. § 185(k).

gerencial que realizaba Camacho en *Camacho Arroyo v. E.L.A.*,⁹² y al profesional o intelectual del demandante en *Mattei Nazario v. Vélez*.⁹³ O, ¿será que necesitamos una definición de lo que es trabajo manual para distinguirlo de trabajo intelectual?

En el contrato temporero, que el Tribunal determinó que era *bona fide*, no se especificó la obra cierta o la razón que justificara un contrato de 30 días, ni las razones para renovarlo en más de una ocasión. Trabado el conflicto entre las partes es que el patrono expone que no existía un contrato de 30 días, con el centro comercial donde se encontraba la carreta, lo que generaba incertidumbre en la contratación. El Tribunal consideró que se estableció que nivel de venta fluctuaba de temporada a temporada.

Sin embargo, de los hechos surge que el negocio tenía otros lugares de operación. Por tanto, es debatible que la necesidad de un contrato de 30 días y su renovación días después de finalizado el primero sin una expresión de obra cierta, no generó en la demandante una expectativa de continuidad. De otra parte, si había fluctuación en las ventas, ¿acaso la Ley Núm. 80 no le provee alternativa a los patronos para despedir con justa causa cuando tiene que cerrar o reducir operaciones?⁹⁴ Cabe preguntarse si esta Opinión deja vigente el propósito que tuvo el legislador con la enmienda a la Ley Núm. 80 codificado en su artículo 1 y 11, esto es, evitar que se utilice el contrato temporal como subterfugio para evadir otras responsabilidades laborales. ¿Se podría interpretar que ante la incertidumbre sobre el éxito de un negocio, se justifique dar contratos de períodos cortos renovables en la marcha?

El segundo caso que quiero traer a la atención de ustedes en este segmento sobre el contrato de empleo, es el caso de *Whittenburg v. Iglesia Apóstolica Romana de Puerto Rico, Colegio Nuestra Señora del Carmen*,⁹⁵ En éste, el Tribunal Supremo tuvo que resolver si un maestro contratado por tiempo definido por una escuela privada era realmente un empleado contratado por tiempo indefinido sujeto a las protecciones de la Ley Núm. 80 y su respuesta fue afirmativa. Los hechos del caso son los siguientes: Un maestro de una institución religiosa privada prestaba servicios mediante un contrato denominado Contrato de Servicios Profesionales por el término de un año. La institución, unilateralmente decidía si el contrato se renovaba. Este era

⁹² En *Camacho Arroyo v. E.L.A.*, 131 D.P.R. 718 (1992) el Tribunal Supremo determinó que a Camacho no le aplicaba el Art. 1476 del Código Civil porque hacía trabajo manual. El Tribunal obvió que el artículo también hacía referencia a los “demás trabajador asalariado”.

⁹³ *Mattei Nazario v. Vélez*, 145 D.P.R. 508 (1998).

⁹⁴ El artículo 2 establece que se entenderá por justa causa para el despido de un empleado de un establecimiento el cierre total, temporero o parcial de las operaciones del establecimiento; los cambios tecnológicos o de reorganización, así como los de estilo, diseño o naturaleza del producto que se produce o maneja por el establecimiento y los cambios en los servicios rendidos al público; las reducciones en empleo que se hacen necesarias debido a una reducción en el volumen de producción, ventas o ganancias, anticipadas o que prevalecen al ocurrir el despido, entre otras cosas. Véase 29 L.P.R.A. § 185 (d), (e) y (f).

⁹⁵ *Whittenburg v. Iglesia Apóstolica Romana de Puerto Rico, Colegio Nuestra Señora del Carmen*, 182 D.P.R. 937 (2011).

el método de contratación de los empleados docentes y no docentes de la entidad. Durante el periodo de vacaciones el maestro sufrió un accidente automovilístico para lo que recibió los beneficios de la *Ley de Compensaciones por Accidentes de Automóviles*.⁹⁶ Cerca del inicio de clase el maestro se presentó a trabajar, pero se le indicó que no se le renovarían el contrato, aunque el año anterior su contrato se le había renovado luego de iniciado el semestre y lo mismo había ocurrido con otros maestros.

En una extensa Opinión el Tribunal Supremo resumió las normas de la interpretación de contratos laborales. Una de ellas se resume con el refrán, “el hábito no hace al monje”. El Tribunal instruyó a los tribunales para que al analizar un contrato laboral se ponderen las circunstancias en las que se lleva a cabo el trabajo. Como el contrato que se le dio a Whittenburg se tituló “Contrato de Servicios Profesionales”, el Tribunal analizó la relación laboral entre las partes para determinar si estaba ante una relación de contratista independiente o ante un empleado, concluyendo lo segundo. Reconoce que “no toda persona que trabaja como medio para sostenerse es un ‘empleado’ para efectos de la protección que ofrece la Ley 80”, pero añade que las leyes protectoras del trabajo definen esta figura “en los términos más amplios posibles”.⁹⁷

El Tribunal procedió a resumir la normativa que distingue al contratista del empleado exponiendo que estamos ante un “contratista” o “parte contratante”, si “[d]ada la naturaleza de su función y la forma en que presta servicios resulta ser su propio patrono [y reconoce que] a veces se hace difícil distinguir entre ambos conceptos”.⁹⁸ La distinción entre contratista independiente y empleado ha sido objeto de varias decisiones del Tribunal Supremo, en las cuales se han enumerado factores que deben considerarse al evaluar una relación laboral para determinar su naturaleza, y ninguno de los factores resulta determinante. Sin embargo, existe una tendencia generalizada a los efectos de limitar la figura del contratista independiente al trabajo profesional, algo que es incorrecto. La relación de contratista independiente puede darse con un electricista, un guardia de seguridad, un médico, un abogado, un pintor de brocha gorda, etc. De igual forma éstos pueden entrar en una relación de empleado que puede ser por tiempo definido, para obra cierta, o puede ser una por tiempo indefinido.

Whittenburg no era contratista independiente, pues la relación entre él y el Colegio no era temporera ni incidental a un término cierto. Por tanto, se le consideró empleado por tiempo indefinido, pero como había reclamado al amparo de la ley de la ACAA se le concedió la reinstalación más los salarios dejados de percibir. No se le concedió la mesada para no duplicar remedios. Quizás porque la causa de acción de represalia que presentó Whittenburg se sostenía, el Tribunal no analizó detalladamente si el contrato en controversia cumplía con los requisitos del Artículo 11 de la Ley Núm. 80. Ciertamente el contrato en este caso no cumplía, al igual que en el caso de *López*

⁹⁶ Ley Núm. 138-1968, 9 L.P.R.A. § 2052 *et seq.*

⁹⁷ *Whittenburg*, 182 D.P.R. pág. 951.

⁹⁸ *Id.* pág. 352.

Fantauzzi, pues aunque establecía un periodo cierto de un (1) año, no especificaba la razón para ello, no se firmaba el día que comenzaba la relación, y además, se acostumbraba a renovarse año tras año.

Tampoco el Tribunal explica por qué si se trataba de un maestro al cual no le aplica el Artículo 1476 del Código Civil, la controversia no se resolvió conforme a las normas aplicables a las obligaciones. Por el contrario, discutió la Ley Núm. 80 al concluir que el demandante era un empleado por tiempo indeterminado que no podía ser despedido injustificadamente. Claro está, como indicamos anteriormente, al momento de conceder el remedio no se le adjudicó la mesada, pues el demandante prevaleció en su reclamo de despido en represalia por estar recibiendo los beneficios de la *Ley de Compensaciones por Accidentes de Automóviles* que provee un remedio mayor.

En este caso, distinto a las alegaciones en *Díaz v. Colegio Nuestra Sra. del Pilar*,⁹⁹ no se presentó como controversia si la separación Iglesia y Estado impedía la aplicación de la Ley Núm. 80 a los hechos. Nos preguntamos si podría concluirse que la Ley Núm. 80 aplica a toda institución académica religiosa o queda vigente lo que dijo el Tribunal en el caso *Díaz v. Colegio Nuestra Sra. del Pilar*, con relación a la terminación del contrato de empleo de Díaz como maestro del colegio. Allí se expuso que cuando un acto gubernamental es cuestionado porque interfiere con el ejercicio de una religión, el tribunal en una etapa inicial del litigio, tiene que indagar sobre el efecto de la norma jurídica en la práctica religiosa. Por otro lado, concluyó que no se había demostrado que el ejercicio del poder judicial para ventilar los méritos de una alegación de incumplimiento de contrato de trabajo libremente pactado entre el maestro demandante y el Colegio, constituyera una carga sustancial a la práctica de la religión católica. Finalmente subrayó que los tribunales están facultados a velar por el cumplimiento de los contratos y esta normativa aplica a todo contratante en este país.

Luego de la lectura de *Whittenburg v. Iglesia Apóstolica Romana de Puerto Rico* y de *Colegio Nuestra Señora del Carmen*, también surge la interrogante sobre si las escuelas, academias e instituciones del Consejo de Educación Superior, independiente de su denominación religiosa o laica, pueden escapar la obligación de pago de mesada de la Ley 80 cuando la separación de un maestro no responde a la definición de justa causa de dicha ley o si es imperativo para éstas cumplir cabalmente con los requisitos necesarios para un contrato temporal *bona fide*.

En un caso que se discute más adelante, en una institución educativa del Consejo de Educación Superior el Tribunal ordenó la reinstalación de una profesora que tenía el típico contrato multianual de este tipo de institución, para que se cumpliera con el proceso del manual, y también le otorgó compensación por daños. En *Magali Selosse v. Fundación*,¹⁰⁰ el Tribunal ordenó reinstalar a la profesora para cumplir con el proceso establecido para la concesión de permanencia. Se le concedió una compensación por

⁹⁹ 123 D.P.R. 765 (1989).

¹⁰⁰ 122 D.P.R. 534 (1988).

daños, no así la mesada. El Tribunal evadió resolver la aplicabilidad de la Ley 80 a empleados de instituciones educativas.

2. Cláusulas contractuales y el efecto del incumplimiento de contrato

Sabido es que en Puerto Rico puede pactarse todo lo que no sea contrario a la ley, la moral o el orden público. Además, como reafirmamos en los párrafos que anteceden, para establecer una relación de trabajo no es necesaria una formalidad. Salvo las excepciones ya discutidas, nada impide que la relación contractual se matice con diferentes obligaciones mediante la incorporación de cláusulas. Discutida en inciso anterior la cláusula de arbitraje ahora trataremos la cláusula de no competencia.

Desde el caso de *Arthur Young v. Vega III*,¹⁰¹ sabemos que para que este tipo de cláusula sea válida, debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. El patrono debe tener interés legítimo de que su negocio se afectaría sustancialmente sin la cláusula. El interés dependerá del puesto del empleado en la empresa que éste pueda competir de forma efectiva.
2. El alcance de la prohibición debe corresponder con el interés del patrono en cuanto a objeto, término, lugar de restricción, o clientes afectados. El contrato debe indicar los límites geográficos restringidos.
3. Cuando la prohibición es sobre clientes debe referirse sólo a los que el empleado atendió personalmente durante un tiempo razonable antes del cese del empleo.
4. El patrono debe ofrecer una contraprestación a cambio de la firma del acuerdo de no competir por parte del empleado que puede ser: la obtención de un ascenso; beneficios adicionales; obtener el empleo deseado en la empresa. Sin embargo, no se admitirá la mera permanencia en el empleo.
5. El pacto debe contar con el consentimiento, objeto y causa. El empleado debe firmarlo libre y voluntariamente.
6. Tiene que constar por escrito.
7. El término no debe exceder 12 meses.¹⁰²

Estos elementos que deben satisfacerse plenamente para la validez de la cláusula, se reafirmaron en las sentencias publicadas de *Aconi Telecommunications, Inc. v. Noa*, y *PACIV, Inc. v. Pérez Rivera*.¹⁰³ No obstante, estos casos tratan de situaciones en las cuáles la relación contractual había terminado, dejando pendiente la interrogante sobre qué obligación genera el incumplimiento de este tipo de cláusula cuando la relación laboral está vigente. Expresado de otra manera, ¿sería válida un cláusula de

¹⁰¹ 136 D.P.R. 157 (1994).

¹⁰² *Id.* págs. 173-174.

¹⁰³ Véase 136 D.P.R. 579 (1994); 159 D.P.R. 523 (2003), respectivamente.

no competencia a un empleado en horas no laborables mientras éste trabaja para su patrono? De entrada, podemos señalar que no cumpliría con los criterios enumerados, pues el término sería indefinido. Es una controversia que requiere definición.

En *García v. World Wide Entmt. Co.*,¹⁰⁴ se discutió el efecto de una cláusula de exclusividad en una relación de trabajo en la industria del entretenimiento. Nuevamente, la controversia surgió cuando se rompió la relación laboral y en la Opinión se atiende el remedio que tenía disponible la compañía agraviada cuando los padres de un joven que pertenecía al grupo musical *Menudo* decide que este no seguirá en el grupo. En un contexto diferente, en *Franquicias Martin's BBQ, Inc. v. García de Gracia*,¹⁰⁵ nuestro Tribunal Supremo explicó que en Puerto Rico, como regla general, los acuerdos de no competencia son válidos a base del principio de libertad de contratación. Explica que este tipo de cláusula se incorpora a un contrato con el propósito de restringir el que una de las partes se involucre en un negocio o actividad mediante el cual pueda competir con la otra y menciona que éstas se dan en tres tipos de contratos: empleo, venta de negocios, franquicias. Al incluir al contrato de empleo en la discusión del derecho aplicable, parecería que el Tribunal valida las cláusulas de no competencia durante la relación laboral, como ocurre con la relación comercial. Pero no deja de ser una especulación por lo que tendremos que esperar por el caso que nos ilustre.

La misma suerte corremos con las cláusulas que impiden la divulgación de información del patrono, tal como lista de clientes, secretos de negocios, casos o querellas pendientes, etc., durante y con posterioridad al cese de la relación de trabajo. El incumplimiento del empleado durante la relación laboral, ¿constituiría la justa causa para despedir de acuerdo a la Ley Núm. 80? ¿Procedería una acción por incumplimiento de contrato para obligar al empleado a cumplir? Debemos esperar por el caso que le permita al Tribunal brindarnos una guía manejable sobre los elementos requeridos para estas cláusulas, pues en *Oriental v. Nieves*,¹⁰⁶ al atender la validez de las llamadas cláusulas de reembolso y luego de especificar los elementos requeridos para su validez, se nos dice que los conflictos que surjan se atenderán caso a caso.

Sobre las cláusulas de reembolso nos dice el Tribunal Supremo que este tipo de cláusula serán válidas en la medida en que el monto del reembolso guarde relación con los costes verdaderamente incurridos por el patrono, que el término pactado para el reembolso sea moderado, y que exista una correlación entre el término y el costo del adiestramiento. A tales efecto señala que el adiestramiento tiene que ser especializado, “[n]o del proceso de aprendizaje ordinario que ocurre simultáneamente al ejercicio de cualquier oficio y profesión . . . económica considerable de parte del patrono”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ 132 D.P.R. 378 (1992).

¹⁰⁵ 178 D.P.R. 978 (2010).

¹⁰⁶ 172 D.P.R. 462 (2007).

¹⁰⁷ *Id.* pág. 476.

Para concluir el segmento del contrato de empleo, comparto con ustedes algo similar que ocurre con la obligación que generan los reglamentos de trabajo. Desde el caso de *Selosse*, se reconoció en nuestra jurisdicción el efecto vinculante de un manual o reglamento de una compañía. No obstante, por tratarse de un manual de facultad, se justificó un trato diferente a las instituciones académicas y quedó pendiente si lo expresado en la Opinión sería extensible a la empresa privada en general. Varios años después, el Tribunal dijo que el manual de una empresa privada que contuviera las reglas y reglamentos del trabajo y estableciera normas, beneficios y privilegios que disfrutaría el empleado, formarían parte del contrato de trabajo.¹⁰⁸ Para ser vinculantes las normas del trabajo debían ser razonables, de lo contrario el despido **por incumplimiento** de normas irrazonables podría convertir el despido en uno caprichoso o arbitrario, y por lo tanto, injustificado. Pero, en *Biver v. Cooperativa*,¹⁰⁹ el Tribunal expuso que el despido de un empleado en contravención del reglamento de la compañía, **de ordinario** sólo acarrea que un despido se torne en injustificado que sujete al patrono al remedio exclusivo de la Ley 80. La violación al reglamento no crea, sin más, un remedio adicional.¹¹⁰

Ahora bien, al igual que los casos en los que se ha discutido la cláusula de no competencia, los casos sobre la obligatoriedad de cumplir con los reglamentos razonables de una empresa son unos en los que ya la relación de empleo había terminado. Entonces, que queda claro que el incumplimiento podría conllevar el pago de la mesada al empleado despedido. Es decir, que el incumplimiento del empleado, con normas escritas razonables, puede conllevar el despido. Ahora, ¿qué ocurre cuando el patrono incumple su propio reglamento al no conceder beneficios, privilegios o procesos prometidos mientras la persona afectada continúa trabajando en la empresa?¹¹¹ A tales efectos, necesitamos más orientación, ¿el reglamento es o no es vinculante o acaso depende de las situaciones en que se invoque su obligatoriedad? Si el reglamento es parte del contrato de empleo, ¿tendrá la fuerza vinculante que se le concedió a un contrato individual de empleo en *Freire Ayala v. Vista Rent to Own, Inc.*?¹¹² En ese caso, al evaluar un contrato escrito de un empleado exento se estableció:

En consecuencia, cuando un empleado exento logra limitar a un número determinado de horas su jornada de trabajo semanal mediante contratación individual con su patrono, *está trascendiendo el ámbito de una ley especial que no le cobija* y está obteniendo, a través de un contrato individual de

¹⁰⁸ *Santiago v. Kodak*, 129 D.P.R. 763 (1996).

¹⁰⁹ 145 D.P.R. 165 (1998).

¹¹⁰ En *Martes v. Sheraton Old San Juan*, 182 D.P.R. 368 (2011), el Tribunal Supremo discute el Manual de Empleados, pero como obligación que el empleado debe cumplir para evitar un despido.

¹¹¹ Para una discusión sobre daños morales por incumplimiento de contrato, véase *Colón v. Glamorous Nails*, 167 D.P.R. 33, 50-51 (2006).

¹¹² 169 D.P.R. 418 (2006).

trabajo, la protección que le niega la ley. Por ser cónsono con la política pública del Estado de fomentar que los empleados alcancen más y mejores derechos, beneficios y condiciones de trabajo, mediante contratación individual o colectiva con su patrono, tal contrato es totalmente válido en derecho. **En ausencia de ley especial que gobierne los términos específicos de dicho contrato, el derecho aplicable a éste es la doctrina general de las obligaciones y los contratos.**¹¹³ (Énfasis nuestro)

C. Temas de discrimen en el empleo: sexo o género y la responsabilidad de terceros en casos de hostigamiento sexual

1. Protección a las madres obreras

El debate sobre sexo o género recrudeció en los pasados meses, tanto a nivel estatal como a nivel federal. Desde diferentes perspectivas y contextos, este debate ha matizado la primera y, posiblemente, la segunda década de este siglo. Sin entrar a discutir los puntos de vista divergentes sobre el tema, difícilmente podemos negar los desarrollos científicos que cuestionan la reproducción natural de los seres humanos. Ha sido objeto de discusión casos de clonación, casos de maternidad subrogada, abuelas pariendo nietos, congelación y almacenamiento del cordón umbilical de un recién nacido con propósitos de prevención de enfermedades o condiciones futuras, entre otras.

Cuando se aprobó la *Ley de Protección de Madres Obreras*¹¹⁴ en la Exposición de Motivos, refiriéndose a las semanas que preceden y que siguen al alumbramiento, señala que “las jornadas ininterrumpidas de trabajo durante ese periodo constituyen un positivo peligro para la salud y la vida de las obreras. La ciencia médica aconseja la observación de un periodo de descanso en estos casos”.¹¹⁵ Con ese propósito se legisló la licencia de maternidad de 4 semanas antes del alumbramiento y 4 semanas después, con paga equivalente a la mitad del salario de la empleada. En efecto, la mujer podía estar fuera de su trabajo ocho (8) semanas y recibir el salario correspondiente a 4 semanas o un mes. Obrera se define en la ley como toda mujer empleada mediante sueldo, salario, jornal o cualquiera otra manera de compensación en cualquier oficina, establecimiento comercial o industrial o empresa de servicio público. Se desprende esta definición que la aplicabilidad de la ley es bien abarcadora.

En el 1986, el Secretario del Trabajo y Recursos Humanos con la autoridad que le confería la *Ley de Madres Obreras*, aprobó un reglamento para su implantación. En este se define alumbramiento de una manera amplia que incluye el alumbramiento prematuro, el malparto, o aborto involuntario y el aborto inducido legalmente por facultativos médicos. Dicha Ley se enmendó en el 1991 para aclarar y ampliar el ámbito de su protección. A partir de la enmienda la mujer que al momento de llegar

¹¹³ *Id.* págs. 455-456.

¹¹⁴ Ley Núm. 3-1942, 29 L.P.R.A. §§ 467-474 [en adelante *Ley de Madres Obreras*].

¹¹⁵ Exposición de Motivos, Ley Núm. 3-1942.

el octavo mes de embarazo o al sobrevenir el parto, estuviese disfrutando cualquier licencia especial o descanso autorizado por ley, tendría derecho a disfrutar la licencia de maternidad.

También en ese año en *Torres González v. Departamento del Trabajo*,¹¹⁶ en un caso en el que se discutió el derecho que podría tener una mujer embarazada a recibir los beneficios del Seguro de Incapacidad No Ocupacional (en adelante SINOT), el Tribunal Supremo citó de la Exposición de Motivos de la Ley Núm. 20 de 5 de agosto de 1975 que enmendó la ley de SINOT, que “habiéndose establecido ya por las autoridades médicas que cada preñez es un asunto individual”,¹¹⁷ para explicar que la licencia de maternidad debía ser optativo para la mujer si tomaba las 4 semanas antes o sólo una y subsiguientemente habla de “esta realidad científica”. Consecuentemente, concluyó:

Si bien en sus inicios la Legislatura apuntaló el periodo de descanso de 8 semanas de la ley para la protección de madres obreras en ‘una presunción de incompetencia física total’, ese enfoque fue variado en la Ley Núm. 20 de 5 de agosto de 1975 . . . Hoy la política pública es considerar que existe incapacidad absoluta (total) para trabajar sólo una (1) semana antes del embarazo y dos (2) semanas después . . . Hoy día no existe una presunción ‘incapacidad física’ total durante el periodo de ocho (8) semanas. Sólo se considera incapacidad para trabajar a una obrera embarazada durante una (1) semana antes y dos (2) después del alumbramiento. El periodo remanente ‘es un asunto individual’ de la mujer según dictamen médico.¹¹⁸

Otra enmienda que amplió los beneficios de la *Ley de Madres Obreras*, se introdujo con la Ley Núm. 54 de 10 de marzo de 2000.¹¹⁹ Esta extendió los beneficios de licencia por maternidad a las madres adoptantes.¹²⁰ Destacó que en la Exposición

¹¹⁶ *Torres González v. Departamento del Trabajo*, 127 D.P.R. 931 (1991).

¹¹⁷ *Id.* pág. 940.

¹¹⁸ *Id.* págs. 940-942.

¹¹⁹ *Ley para Enmendar la Ley de las Madres Obreras* de 1942, Ley Núm. 54-2000.

¹²⁰ En la Exposición de Motivos de la Ley Núm. 181 de 30 de julio de 1999 que extendió los beneficios de la licencia de maternidad a las empleadas adoptantes en el servicio público se expresa como propósito de la ley lo siguiente:

El objetivo primordial de la licencia por maternidad es proveerle a la madre embarazada un periodo de descanso pre-natal y post parto. La madre adoptante no necesita este periodo de descanso pero sí de un tiempo para relacionarse con su nuevo(a) hijo(a). Es una oportunidad de afianzar y fortalecer los lazos entre la madre y su hijo(a).

Dispone la ley que:

[T]endrá los mismos beneficios de licencia de maternidad a sueldo completo que goza la empleada que tiene un alumbramiento normal. **En este caso, la licencia empezará a contar a partir de la fecha en que se reciba el menor en el núcleo familiar.** Al reclamar este derecho, la empleada deberá someter a la agencia evidencia acreditativa de los procedimientos de adopción expedida por el organismo competente . . . (Énfasis nuestro).

de Motivos de esta enmienda se dice que “[n]o es un requisito *sine qua non* para ser madre el estar embarazada y dar a luz un hijo; tiene igual mérito y satisfacción el poder ser madre a través del procedimiento de adopción”.¹²¹ Se reconoce que el propósito de la Ley es ofrecerle a la madre embarazada un periodo de descanso pre natal y postparto y que la madre adoptante no necesita ese periodo de descanso, pero sí necesita un tiempo para relacionarse con su nuevo hijo.

La licencia para la madre adoptante procede si se adopta a un menor de 5 años o menos, que no esté matriculado en una institución escolar. La empleada deberá haber notificado al patrono con por lo menos 30 días de anticipación sobre su intención de adoptar a un menor, acogerse a la licencia de maternidad y sus planes de reintegrarse al trabajo. La licencia empezará a contar a partir de la fecha en que se reciba al menor en el núcleo familiar. Se le requiere que someta evidencia acreditativa de los procedimientos de adopción expedida por el organismo competente. Posteriormente, mediante la Ley Núm. 425 de 28 de octubre de 2000,¹²² se extendió el beneficio de la licencia de maternidad a la madre adoptante para que la compensación fuera la totalidad del sueldo, salario, jornal o compensación que estuviera recibiendo la mujer. La licencia se extendió a tres (3) meses.

El tiempo no permite entrar a detallar los beneficios del periodo de lactancia reconocidos en la Ley Núm. 427 de 16 de diciembre de 2000,¹²³ pero brevemente les comento sobre la evolución del concepto maternidad y la lactancia, así como la inconsistencia sobre el particular en nuestra legislación. Los refiero a la definición de madre lactante en dicha ley. El término se define como toda mujer que trabaja en el sector público o privado que ha parido una criatura, ya sea por métodos naturales o cirugía que esté criando a su bebé y también a toda mujer que haya adoptado una criatura y mediante intervención de métodos científicos tenga capacidad de amamantar.¹²⁴ Si lo último fuera posible creo que podemos inferir que sería en limitadísimos casos, por tanto, ¿no sería más encomiable añadir al derecho a lactar y de extraerse la leche materna, reconocer el derecho a alimentar al bebé independiente del sexo de quién lo alimente?

Para los sicólogos, además del valor nutricional de la leche materna, la transmisión de amor al alimentar un bebé, lo que se conoce en inglés como *nurturing* amerita ser reconocido como una actividad socialmente valiosa. Tendría que evaluarse si este *nurturing* o amamantamiento solo puede darlo el sexo femenino.

La ley federal *Family and Medical Leave Act* de 1993 que aplica a patronos con 50 o más empleados, cubre a empleados, que independientemente de su sexo, hayan

¹²¹ Exposición de Motivos de la *Ley para Enmendar la Ley de Personal del Servicio Público de Puerto Rico*, Ley 181-1999.

¹²² *Ley para Enmendar la Sección 2 de la Ley de Madres Obreras* de 1942, Ley Núm. 425-2000, 29 L.P.R.A. § 467.

¹²³ *Ley para Reglamentar el Periodo de Lactancia o de Extracción de Leche Materna*, Ley Núm. 427-2000.

¹²⁴ Amamantar significa lactar, pero incluye alimentar y nutrir.

trabajado por lo menos doce meses con el patrono y por lo menos 1,250 horas en el periodo precedente de doce meses. La Ley también concede 12 semanas de licencia sin paga para cuidar un recién nacido, un niño adoptado o de crianza. Si el niño adoptado tiene 18 años o más, la licencia procede si éste es incapaz de cuidarse por sí mismo por razón de impedimento físico o mental. Por otro lado, la Ley provee para que en el caso de cónyuges que trabajan para la misma compañía las doce semanas se dividan entre ambos. El término cónyuge se define según la ley estatal del estado de residencia del empleado.

Al comparar la *Ley de Madres Obreras* con la ley federal FMLA, ésta última es una reserva de empleo, mientras que la local es más beneficiosa, pues concede una licencia con paga. Sin embargo, al presente podemos decir que conforme a la *Ley de Madres Obreras*, la crianza, así como alimentar y darle cariño a un hijo, es privativo de la mujer; independientemente de si ésta parió o no a la criatura. Dado que en Puerto Rico el alumbramiento cubre abortos involuntarios, cabe preguntarse, al presente ¿se sostiene que en casos de aborto o de adopción se le conceda solo a la mujer un beneficio, cuyo propósito original era proteger su salud, cuando el fundamento de la licencia ha evolucionado? ¿Existe el interés apremiante del Estado de conceder un beneficio solo a la mujer? ¿Existe razonabilidad entre la ley y el fin que se persigue, que pueda superar el criterio menos riguroso de razonabilidad?

De otro lado, la *Ley Federal de Derechos Civiles de 1964* conocida como Título VII fue enmendada para que discrimen por sexo incluyera maternidad.¹²⁵ La prohibición que impone la ley por dicha modalidad de sexo se limita a que el patrono trate esa condición como se trata cualquier otra condición médica, sea de un hombre o de una mujer.¹²⁶

2. Unos breves comentarios sobre las preferencias sexuales en el empleo

Hasta ahora sólo se ha reconocido la causa de acción por hostigamiento sexual entre personas del mismo sexo, tanto al amparo de Título VII,¹²⁷ como al amparo de la *Ley para Prohibir el Hostigamiento Sexual*. Siguiendo una decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos, nuestro más alto Foro en *S.L.G. Afanador v. Roger Electric*,¹²⁸ concluyó que la Ley Núm. 17 prohibía conducta de hostigamiento sexual entre personas del mismo sexo. Expuso el siguiente fundamento para su decisión.

¹²⁵ “[I]t is discriminatory to treat pregnancy-related conditions less favorably than other medical conditions . . .”. 42 U.S.C. § 2000(e)(k).

¹²⁶ El tratamiento de la maternidad como cualquier otra condición médica puede resultar en una desventaja para la mujer que después del parto sufre una condición médica que le requiere solicitar los beneficios de su plan médico o de SINOT, que probablemente utilizó por condiciones relacionadas al embarazo. Ello no ocurriría si la maternidad se tratara como una condición especial.

¹²⁷ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998). El Título VII prohíbe conducta de hostigamiento sexual entre personas del mismo sexo.

¹²⁸ 156 D.P.R. 651 (2002).

Una correcta interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento jurídico *no* puede llevarnos a otra conclusión; resolver lo contrario sería establecer una distinción que, además de carecer de fundamento racional alguno, contravendría la tendencia legislativa que ha ido encaminada a lograr el fiel y verdadero cumplimiento con los mandatos de nuestra Constitución y, asimismo, a darle contenido real al principio establecido en nuestra Carta de Derechos de que la dignidad del ser humano es inviolable... Sin dudas, el reconocimiento de una causa de acción por hostigamiento sexual entre personas del mismo sexo responde al interés consagrado en las leyes laborales, cuya interpretación a favor de aquellos a quienes las mismas intentan proteger, como hemos afirmado anteriormente, ha de ser imperativa.¹²⁹

Varios estados han aprobado leyes prohibiendo el discrimen por orientación sexual. En Puerto Rico se discute en la Legislatura un proyecto que persigue igual o similar propósito. Para discutir el tema de la responsabilidad de un patrono por actos de hostigamiento de uno de sus empleados hacia el o la empleada de otro patrono, resulta pertinente examinar el caso de *Hernández Vélez v. Televiscentro*.¹³⁰ En este caso Hernández era contratista independiente para una compañía que hacía trabajo para Televiscentro y Vélez era chofer de un vehículo de Televiscentro que se utilizó para llevar a ésta a hacer un comercial. Durante el trayecto hacia el lugar Vélez incurrió en conducta explícitamente de hostigamiento sexual. Hernández demandó a Televiscentro y a Vélez al amparo de la Ley de Hostigamiento Sexual y el Art. 1802 del Código Civil. Transcurrido un tiempo, enmendó la demanda para incluir a Antulio Santarrosa y a J&K Enterprises, para quien trabajaba, apoyada en el Art. 1803 del Código Civil. Eventualmente desistió de la causa de acción de *Ley de Hostigamiento Sexual* en contra de Santarrosa y en contra de Vélez y Televiscentro. Mantuvo la reclamación de los artículos 1802 y 1803 del Código Civil. El Tribunal de Primera Instancia resolvió a favor de Hernández y el Tribunal de Apelaciones revocó su decisión. Sobre la causa de acción del artículo 1802 del Código Civil, el Tribunal Supremo repitió la normativa de las acciones de daños. Esto es, que para determinar responsabilidad extracontractual por omisión se deben considerar varios factores, a saber: “(1) la existencia o inexistencia de un deber jurídico de actuar por parte del alegado causante del daño y (2) si de haberse realizado el acto omitido se hubiera evitado el daño”.¹³¹

De otra parte, sobre la causa de acción del Artículo 1803 el Tribunal expuso que para determinar la responsabilidad del patrono respecto a los actos del empleado no es importante si el acto de éste fue voluntario e intencional, sino si actuaba en beneficio del negocio del patrono y dentro de la esfera de su autoridad, o si se desvió de sus

¹²⁹ *Id.* pág. 665.

¹³⁰ 168 D.P.R. 803 (2006).

¹³¹ *Id.* pág. 812 (citando a *S.L.G. v. González Padín Co.*, 117 D.P.R. 94, 106 (1986)).

funciones y realizó un acto dañoso de carácter personal.¹³² Sobre conducta delictiva de un empleado, “[e]xiste responsabilidad vicaria siempre que el acto delictivo se lleve a cabo como un incidente de la protección de los intereses del patrono y no en protección de los intereses personales del agente”.¹³³ Al aplicar el derecho a los hechos, el Tribunal resolvió que los actos de Vélez en contra de Hernández no fueron realizados con el propósito de servir y proteger los intereses del patrono ni, mucho menos, de imprimirle efectividad al objetivo final de su empresa. En consecuencia desestimó la causa de acción de daños en contra de Televisión. Recordemos que Hernández desistió de la causa de acción por hostigamiento pues ella no era empleada de Televisión.¹³⁴ En situaciones como la que exponen los hechos de este caso, parece ser que el único remedio que tendría la víctima es la acción de daños directa en contra del hostigador(a).

D. El derecho de los patronos a proteger su propiedad v. el derecho de los empleados a la intimidad de los empleados: investigaciones sobre el uso de tecnología (Facebook, Twitter, etc)

Un pensamiento visionario sobre la utilización de métodos intrusivos a la intimidad se recoge en la Opinión de nuestro más alto foro en el importante caso *Ariel Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*¹³⁵ En esa ocasión, la Jueza Miriam Naveira, expresó lo siguiente:

La credibilidad y veracidad que la sociedad le otorga a los mecanismos científicos y a los técnicos o “expertos” que utiliza los desarrollos modernos, junto con la inherente curiosidad del ser humano por los asuntos de sus semejantes y la avidez que la sociedad ha demostrado por la recopilación y compilación de información, han convertido a nuestra sociedad en una de expedientes, altamente reglamentada, donde la intimidad, dignidad, e integridad personal del ser humano se encuentran cada día en mayor peligro de perderse o quedar intolerablemente limitadas o menoscabadas. Esto no se puede ni se debe permitir. Tenemos el deber de canalizar esta tendencia y los desarrollos tecnológicos y científicos, de forma tal que derivemos sus beneficios sin que se le aseste un golpe mortal a lo más preciado de la vida de todo ser humano en una sociedad democrática: su dignidad, integridad e intimidad. Nuestra Constitución es guardadora de estos valores y por ende a sus disposiciones a las que tenemos que dirigirnos

¹³² *Id.* pág. 815.

¹³³ *Id.* pág. 816.

¹³⁴ El artículo 17 de la Ley Núm. 17 de 1988 sobre Hostigamiento Sexual provee una causa de acción en contra del patrono que no toma acción cuando tiene o pudo tener conocimiento de que un/a empleada suya es hostigada por un tercero que no es sus empleado. Véase 29 L.P.R.A. § 155(f).

¹³⁵ 117 D.P.R. 35 (1986).

erigiéndose como los guardianes máximos de estos valores ético-morales, que son consustanciales con la naturaleza humana e indispensables para la convivencia en una sociedad democrática.

En épocas críticas como la que vivimos, de crisis económica, creciente desempleo, y alta incidencia criminal que atenta contra la seguridad personal de todos los integrantes de nuestra sociedad, donde los valores sociales parecen estar en proceso de mutación y las instituciones básicas bajo constante asedio, gravita la tentación de anteponer lo que se percibe en un momento dado como un mecanismo rápido y efectivo para obtener un fin legítimo y conjurar uno de los múltiples problemas que acosan y agobian a nuestra sociedad, aunque esto lleve consigo dar al traste con los valores ético-morales más fundamentales del hombre: su dignidad, integridad y derecho a la intimidad.

Tenemos el deber de resistir esta tentación. Debemos sentar las pautas para el uso adecuado de los adelantos científicos y tecnológicos, de forma tal que nos ayuden a confrontarnos con los difíciles problemas de la sociedad moderna, sin que la ansiedad por soluciones fáciles y rápidas nos haga perder de vista la necesidad de proteger y preservar los valores más esenciales para el hombre. “Debe recordarse que la ciencia y técnica vive una voluntad de poder no restringida por valoraciones, que puede llevar a un despotismo más o menos fuerte de la vida social que esquematiza y uniforma sin tomar en cuenta lo individual, lo humano.”¹³⁶

En *NASA v. Nelson*,¹³⁷ un caso resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, un empleado de un contratista del gobierno federal cuestionó ciertas partes del cotejo de antecedentes personales apoyado en dos precedentes del Tribunal que reconocían un derecho constitucional a no divulgar asuntos personales. El Tribunal expresó que reconocía que existía tal derecho, pero que en las circunstancias del caso este no era oponible frente al gobierno federal. Nos recuerda que el gobierno tiene las manos más libres para actuar cuando se trata de asuntos de ciudadanos que son sus empleados, que cuando actúa al amparo de su poder soberano en contra de ciudadanos en general.¹³⁸

Cada vez más observamos el poder del Estado para intervenir en asuntos íntimos de los ciudadanos, basta enterarnos de la controversia sobre NSA. Sin embargo, en un intento de dar protección a comunicaciones digitales privadas, el 14 de diciembre

¹³⁶ *Id.* págs. 56-58.

¹³⁷ *National Aeronautics and Space Administration v. Nelson*, 131 S.Ct. 746 (2011).

¹³⁸ *Id.* Véase además, *Enquist v. Oregon Dept. of Agriculture*, 553 U.S. 591, 598 (2008), *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006); *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983).

de 2012, la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo en *Hispanics United of Buffalo*, 359 NLRB No. 37,¹³⁹ dictaminó que comentarios puestos en *Facebook* estaban tan protegidos como los comentarios que hacen empleados al lado de una fuente de agua. La Junta encontró que el despido por poner mensajes en *Facebook* de cinco empleados no unionados era ilegal y le concedió a éstos reinstalación y paga atrasada.

La controversia comenzó cuando una empleada criticó el trabajo de cinco de sus compañeros. Una de las empleadas criticadas envió un mensaje por su computadora personal a los otros cuatro compañeros diciendo que estaba harta y les preguntaba qué pensaban ellos del comentario de la quejosa. Esto dio paso a comentarios y reacciones entre todos hasta que la empleada que originó el comentario se querelló porque la conducta de los cinco empleados violaba la política del patrono de cero tolerancia al hostigamiento y al *bullying*. Estaremos pendientes si dicha política establecida en esta decisión administrativa se sostiene por las tribunales apelativos de los diferentes circuitos. Se ha presentado en el Congreso legislación para requerirle a las compañías que le notifiquen a los empleados si sus correos electrónicos, actividad de internet o de teléfonos está siendo monitoreada por supervisores, *Notice of Electronic Monitoring Act*.¹⁴⁰

E. Empleo público: permanencia en el empleo después de la Ley Núm. 7 de 9 de marzo de 2009¹⁴¹

Un empleado de confianza es aquel que interviene y colabora sustancialmente en la formulación de la política pública y que asesora directamente o que presta servicio directo al jefe de la agencia.¹⁴² La razón por la cual nuestra legislación sobre personal de servicio público ha reconocido la existencia y necesidad de un personal de confianza “de libre selección y remoción”, la encontramos en la esencial naturaleza electiva de un sistema de gobierno con la responsabilidad de realizar los programas, planes normativos y la política pública que merecieron la aprobación mayoritaria en los comicios.¹⁴³

Al rechazar como destructivo del sistema de méritos el cambio que favoreció a un empleado que no había concurrido a exámenes, ni competido con otros solicitantes, en *Díaz González v. Tribunal Superior*,¹⁴⁴ nuestro Tribunal Supremo señaló:

¹³⁹ *Hispanics United of Buffalo*, 359 N.L.R.B. No. 37 (14 de diciembre de 2012).

¹⁴⁰ H.R. No. 4908, 106th Conf. 2d Sess. 1999-2000.

¹⁴¹ *Ley Especial Declarando Estado de Emergencia Fiscal y Estableciendo Plan Integral de Estabilización Fiscal para Salvar el Crédito de Puerto Rico*, Ley Núm. 7-2009, 3 L.P.R.A. §§ 8791-8810. [en adelante *Ley 7*].

¹⁴² *Ley para la Administración de los Recursos Humanos en el Servicio Público del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, Ley Núm. 184-2004, 3 L.P.R.A. 1465.

¹⁴³ *Pierson Muller II v. Feijóo*, 108 D.P.R. 261, 267 (1978).

¹⁴⁴ 102 D.P.R. 195 (1974).

Debe ser claro que los funcionarios normativos (*policy making*) del ejecutivo y de la mayoría legislativa deben tener una filosofía de gobierno y unas actitudes frente a los problemas del país que sean compatibles-y no contrarias- a la del gobierno electo por el pueblo y bajo el cual sirven. Eso da vigencia al mandato popular, pues hace posible realizar el programa de gobierno que el electorado favoreció en las urnas. Lo contrario sería frustrar dicho mandato popular. La Ley de Personal, reconociendo esa realidad, sabiamente coloca a esas posiciones en los servicios Exento y Sin Oposición. También coloca en esos servicios mencionados a los cargos o empleos de confianza, como lo son usualmente el del ayudante de un ejecutivo exento o el de su secretaria personal. Esos funcionarios normativos y esos empleos o cargos de confianza constituyen un reducido por ciento de todo el personal del gobierno.¹⁴⁵

El Tribunal también indicó que los cambios de administración determinados en las elecciones generales necesariamente afectarán aquellos empleos cuyos incumbentes implementen política pública, o ejercen funciones normativas o de confianza, toda vez que éstos no pueden mediatizar la voluntad popular expresada en los comicios a favor de particulares programas de gobierno y eligiendo nuevos administradores. De igual forma a expresado que:

La Constitución del E.L.A. no tolera obstrucciones del legítimo ejercicio del poder que emana de la soberanía del pueblo...La franquicia electoral perdería su propósito si los hombres elegidos para gobernar no pudieran impartir eficacia al voto depositado en la urna. La divulgación alcanzada por este básico principio de régimen democrático es suficiente aviso para los empleados llamados de confianza de que el superior valor de eficacia del voto excluye en ellos expectativa de continuidad y todo “interés propietario” en tales puestos sensitivos.¹⁴⁶

El 9 de marzo de 2009 se aprobó la Ley 7 que provocó cerca de una decena de casos del Tribunal Supremo, siendo el primero de ellos *Domínguez Castro, et al. v.*

¹⁴⁵ *Id.* pág. 210.

¹⁴⁶ *Pierson Muller II*, 108 D.P.R. págs. 269-270. Este principio característico de un régimen democrático lo discutió el Juez Asociado Martínez Torres en su voto concurrente, al cual se unió la Juez Asociada Pabón Charneco, en *Yiyi Motors v. E.L.A.*, 177 D.P.R. 230, 287 (2009):

La independencia judicial no está en juego aquí. Es tiempo que aceptemos que el cambio en visión y filosofía jurídica por el que atraviesa este Tribunal no significa el fin del mundo ni la hecatombe jurídica. Se trata del flujo normal de la marea judicial en una democracia, producto indirecto del mandato del Pueblo expresado en las urnas. Ese es nuestro sistema constitucional. Desmerecer ese proceso democrático no le hace bien a Puerto Rico.

Sobre la discusión de este tema en nuestro más Alto Foro, ver además, *Asoc. Fotoperiodistas v. Rivera Schatz*, 180 D.P.R. 920, 941, n.2 (2011); *Martínez Román v. E.L.A.*, 177 D.P.R. 569 (2009).

*E.L.A. II.*¹⁴⁷ Este caso obtuvo un voto explicativo del Juez Presidente, Hernández Denton al cual se unió la Jueza Asociada Rodríguez Rodríguez, otro voto explicativo de la Jueza Asociada Fiol Matta, y un voto particular del Juez Asociado Rivera Pérez, al que se unieron los jueces asociados Martínez Torres, Kolthof Caraballo y Pabón Charneco. En la Opinión se sostuvo la constitucionalidad de la Ley apoyado en que el derecho de propiedad no es absoluto y está supeditado a intereses sociales que se agrupan en el concepto de poder de razón del estado (*police power*). En lo referente, el Tribunal señala los siguiente:

Puesto que, ante un análisis jurídico de escrutinio racional, la actuación de la Asamblea Legislativa claramente se sostiene, resolvemos que la Ley Núm. 7, en el contexto de las cesantías que autoriza y promueve, así como la eliminación de unos procesos anteriores a esas cesantías, no viola el debido proceso sustantivo.¹⁴⁸

El Tribunal explicó que la Ley 7 recogió los procedimientos que regían bajo la Ley Núm. 184 que rige los recursos humanos del gobierno, y los adaptó con el propósito de expeditar el trámite para decretar cesantías mediante un mecanismo ágil. En esa ocasión se explicó que la Ley concedía una vista si el empleado lo solicitaba por no estar satisfecho con la antigüedad que se le certificara, pero los empleados demandantes no establecieron que no se les certificó la antigüedad o que la certificara no era correcta y que se les negó la oportunidad de refutarla. De particular importancia para este tema es la expresión del Tribunal Supremo a los efectos de que los demandantes no tenían derechos adquiridos porque no existía una ley vigente en el tiempo en que el hecho había sido realizado. Añade que no todo interés propietario es un derecho adquirido. En específico, el Tribunal dice:

Sin embargo, ninguna ley al momento le reconoce al empleado público un derecho sin limitaciones a la retención, o un derecho a no ser cesanteado. Al contrario, todas las leyes concernientes al asunto reconocen como una realidad la posibilidad de que el empleado público no sea retenido o sea cesanteado de su puesto, si se dan unas condiciones y se cumple con unos procesos. En ese sentido, no cabe hablar de un derecho adquirido a la retención o a no ser cesanteado de un empleo en el servicio público, pues se encuentra ausente el elemento del **amparo de una ley anterior** que hubiere concedido tal derecho.¹⁴⁹

Antes de hacer las expresiones citadas, el Tribunal resumió la doctrina estatal y federal del interés propietario que le asiste a los empleados públicos como sigue:

¹⁴⁷ 178 D.P.R. 375 (2010).

¹⁴⁸ *Domínguez Castro v. E.L.A.*, 178 D.P.R. 1, 62 (2010).

¹⁴⁹ *Id.* págs. 69-70.

Como se aprecia, tanto nuestra Constitución como la Constitución federal, reconocen como derecho fundamental el debido proceso de ley. El debido proceso de ley se manifiesta en dos dimensiones: la sustantiva y la procesal. Analizaremos ambas doctrinas en el contexto de los reclamos esbozados por las partes recurridas. Todos los recurridos en los casos aquí consolidados reclaman tener, como empleados públicos de carrera, un interés propietario sobre sus plazas. Les asiste la razón. Desde *Lupiañez v. Srio. de Instrucción*, 105 D.P.R. 696 (1977), reconocimos por primera vez tal derecho, en esa ocasión basándonos en una expectativa legítima de que un puesto se convertiría en permanente. Un año después, en *Pierson Muller I v. Feijoó*, 106 D.P.R. 838 (1978), reconocimos expresamente tal derecho a los empleados públicos de carrera, como lo son los aquí recurridos. **Ese derecho propietario garantiza, al ser afectado por una acción del Estado (“State Action”), la concurrencia de un debido proceso de ley.**¹⁵⁰

A pesar de este reconocimiento, el razonamiento que utilizó el Tribunal en contra de las reclamaciones de los empleados de carrera demandantes, fue que este derecho no era absoluto, pues estaba supeditado a intereses sociales que se agrupaban en el concepto de ‘*poder de razón de estado*’ o ‘*police power*’.¹⁵¹ Como ese poder lo ejerció la Asamblea Legislativa al aprobar la Ley Núm.7-2009, la demanda de éstos no procedía.

A partir de *Domínguez Castro*, la validez de la Ley 7 y su efecto fue sostenido en todos los demás casos.¹⁵² En *Sánchez et al. v. Depto Vivienda, et al.*,¹⁵³ se sostuvo el término de trece (13) años, seis (6) meses y cero (0) días que estableció la Junta de Reestructuración y Estabilización Fiscal (en adelante JREF) como límite para permanecer como empleado de carrera en el gobierno. Salvo, excepciones de agencias o grupos contenidos en la ley y casos tratados individualmente, los empleados de carrera con menos años de antigüedad que el establecido, perdieron el derecho de permanencia en sus puestos que, tanto la Ley Núm. 5, predecesora de la Ley Núm. 184, así como ésta y la jurisprudencia federal¹⁵⁴ y estatal, les concedían a no ser

¹⁵⁰ *Id.* págs. 35-36.

¹⁵¹ *Id.* pág. 37.

¹⁵² Véase *Cruz Parrilla v. Depto. Vivienda*, 184 D.P.R. 393 (2012); *Sindicato v. Cuerpo de Bomberos*, 180 D.P.R. 723 (2011); *Sánchez Díaz v. E.L.A.*, 181 D.P.R. 810 (2011); *Sánchez et al. v. Depto Vivienda, et al.*, 184 D.P.R. 95 (2011); *Negrón Matos et al. v. E.L.A.*, 179 D.P.R. 217 (2010); *Báez Rodríguez v. E.L.A.*, 179 D.P.R. 231 (2010).

¹⁵³ 184 D.P.R. 95 (2011).

¹⁵⁴ “*In order for plaintiffs to have procedural due process rights in their employment, each plaintiff must have had a reasonable expectation, based on a statute, policy, rule, or contract that he or she would continue to be employed...These interests are commonly called “property interests”, and we look to state law to see if such property interests exist...Whether these property interests rise to a level sufficient to trigger procedural due process protections remains a federal question.*” *Concepcion Chaparro, et als v. Ruiz Hernandez*, 607 F.3d 261, 264 (1er. Cir. 2010).

privado de ese interés propietario sin un debido proceso de ley. Más aún, el Tribunal validó la cesantía de empleados que al momento de hacerse efectiva la cesantía tenía o excedían el término de antigüedad que estableció la JREF. Conforme a esta decisión, desde que se les certificó la antigüedad hasta que se hizo efectiva la cesantía, aunque trabajaron no acumularon antigüedad. Algo novel en el derecho de empleo y en el Derecho Laboral.

Para contrastar el apreciado derecho a permanencia que los empleados de carrera pensaban que tenían, acudimos al derecho a permanencia que parecen haber adquirido los empleados de confianza. Un año después de *Domínguez Castro I*, el Tribunal Supremo sostuvo la sentencia sumaria del Tribunal de Primera Instancia en *Abrams v. E.L.A. y otros*,¹⁵⁵ que encontró responsable de discrimen político al jefe de la agencia, que no era el supervisor inmediato del demandante. El demandante, ocupaba el puesto de Director Regional en el servicio de confianza cuando fue separado de su puesto, el 19 de enero de 2001, inmediatamente después de un cambio de administración. Demandó por discrimen político alegando que su puesto no requería afiliación política afín con la autoridad nominadora. Luego de presentada la demanda, el demandante presentó una moción de sentencia sumaria con declaración jurada y documentos que establecían que era afiliado al PNP, la descripción del puesto, su desempeño eficiente y que su sustituto había sido candidato a alcalde por el PPD. Presentó también resolución de otro caso del tribunal de instancia que decía que el puesto de Director Regional III no requería afiliación política. Con estos documentos y luego de una vista argumentativa, el tribunal de instancia resolvió a favor del demandante y el Tribunal de Apelaciones revocó.

El Tribunal Supremo revocó al Tribunal de Apelaciones. Enfatizó que ningún tipo de caso está exento de la solución sumaria y repitió que los tribunales deben evaluar ese mecanismo procesal mediante el análisis de los documentos que acompañan la moción, los documentos incluidos en la oposición y **aquellos que obren en el expediente**. El hecho de que la solicitud se haga en casos que requieren establecer algún elemento subjetivo de intención, propósito mental o negligencia, o cuando el factor de credibilidad sea esencial, no impide la solución sumaria si no existe controversia sobre hechos materiales.

En la Opinión se discuten los elementos requeridos para establecer un caso de discrimen político. Cuando el discrimen lo plantea un empleado de confianza, es importante demostrar que la afiliación político-partidista es un requisito para el desempeño del cargo público. Recae sobre la autoridad nominadora producir prueba para establecer la relación entre afiliación política y el puesto. El Tribunal señala que el empleado de confianza debe demostrar: que no existe motivo racional para su separación, que tiene una clara identificación política, y que ha sido sustituido por una persona que pertenece a una ideología o partido político distinto al suyo y afín a la autoridad nominadora.

¹⁵⁵ 178 D.P.R. 914 (2010).

Abrams logró activar esta presunción, mientras que el Estado falló en demostrar que tenía prueba sustancial o suficiente para establecer que la afiliación política con la autoridad era un requisito apropiado para el puesto. Abrams también demostró que no existían motivos racionales para despedirlo porque había recibido aumentos de salarios y evaluaciones favorables. El Tribunal indica que este elemento es importante cuando se destituye a un funcionario, para establecer que la separación no respondió a un motivo justificado no discriminatorio, pero irrelevante cuando se trata de un empleado de confianza. En el caso, lo relevante era si el puesto requería la afiliación política. Recordemos que el empleado de confianza es de libre selección y remoción pues debe responder a la ideología que el pueblo seleccionó en las urnas, principio democrático previamente discutido en este trabajo. No obstante, reconocemos que el ponerle a un puesto el título de confianza no demuestra que el puesto requiera poner en práctica la ideología política del gobernante. Es por ello que para evitar guiarnos por el título, se requiere la demostración de que el puesto requiere la afiliación política.

Destacamos que en *Abrams v. E.L.A.*, el Estado levantó como defensa del jefe de la agencia o autoridad nominadora demandada, que éste desconocía la afiliación política de Abrams, pues acababa de llegar y la descripción de las funciones del puesto reflejaba funciones propias de un puesto de confianza. Considero que como Abrams alegaba que no realizaba todas las funciones descritas en la descripción del puesto que ocupaba, se trabó una controversia esencial no susceptible de ser resuelta por la vía sumaria. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia, validado por el Tribunal Supremo, descansó en la decisión de otro caso sobre otro empleado, que no establecía precedente, y le dio credibilidad a la postura del demandante de que había unas funciones de la descripción del puesto que él no hacía.¹⁵⁶

El contraste entre estos dos casos, aunque distinguibles, demuestra que la permanencia en un puesto de carrera se ha convertido en un derecho frágil susceptible a pérdida sin derecho a vista pre o post, si se legisla con ese propósito. Mientras, resulta muy difícil separar de un puesto a un empleado de confianza que no puede tener expectativa de permanencia por ser de libre selección y libre remoción, aun cuando este no esté alineado con la ideología política del gobernante que prevaleció en las urnas.

¹⁵⁶ La Corte de Apelaciones para el Primer Circuito ha sostenido despidos de directores regionales de agencias administrativas, de la secretaria municipal en la oficina de una alcalde, de un oficial a cargo de recursos humanos, de un director de relaciones públicas, de un superintendente de obras públicas, de un director de la oficina de programas federales de una ciudad, y del director de una oficina satélite del Departamento de Estado de Massachusetts. *Uphoff Figueroa v. Alejandro*, 597 F.3d 423 (2010). Los casos de discrimen político en la jurisdicción federal se amparan en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, por tanto en esa jurisdicción la clasificación que Puerto Rico le dé a los puestos no dispone la controversia de si el puesto requiere afiliación política.

F. Controversias sobre horas y salarios: aumento en salario mínimo federal, repercusiones en Puerto Rico y vigencia de la clasificación exento

La *Ley Federal de Normas Razonables del Trabajo* (en adelante FLSA) se aprobó en el 1938 como parte de la legislación del Nuevo Trato (*New Deal*) que se promovió durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt. Su propósito fue establecer un mínimo (*floor*) que evitara la explotación de los trabajadores y que éstos no fueran compensados justamente por su productividad. Se pretendía además, incrementar el estándar de vida de los trabajadores no diestros. Un analista de los debates legislativos en torno a este ley señala que en el 1933 el desempleo en los Estados Unidos había aumentado de un 3.2% en el 1929 a un 24.9%, manteniéndose alto hasta bajar a un 10% en el 1941.¹⁵⁷ Por ello, la aprobación de FLSA tenía dos objetivos. En primer lugar, reduciría el desempleo involuntario¹⁵⁸ pues reduciría la semana de trabajo y traería más empleos. El segundo objetivo era reducir la explotación del trabajador, que a su vez provocaba problemas de seguridad y salud pública.¹⁵⁹

Desde su aprobación el salario mínimo se ha aumentado más de veintidos (22) veces. El salario original fue de veinticinco centavos (\$0.25) la hora y siguió aumentando paulatinamente.¹⁶⁰ A partir del 1989, las enmiendas a FLSA para aumentar el salario mínimo se hicieron en etapas. De \$3.35 la hora se aumentó a \$3.80 a partir del 1 de abril de 1990, y a partir del 1 de abril de 1991 aumentó a \$4.25. En agosto de 1996, la FLSA se enmendó para proveer un aumento de salario mínimo también por etapas, entre otras modificaciones. Con esta enmienda el salario mínimo llegaría a \$4.75 la hora a partir del 1 de octubre de 1996 y a \$5.15 la hora, a partir de 1 de septiembre de 1997. Entre la explicación que ofreció el Departamento del Trabajo Federal para este aumento se encuentra lo siguiente:

¹⁵⁷ Gerald Mayer, *The "White-Collar" Exemptions to Overtime Pay Under Current and Proposed Regulations: An Economic Analysis*, Congressional Research Services, Federal Publications 1-28 (Cornell University 2004).

¹⁵⁸ Citando a Joseph Stiglitz, Mayer señala que “[t]o many economists, involuntary unemployment is one of the most visible signs that a market economy is not functioning properly.” Seguido, citando de Samuelson y Nordhaus, nos explica que el desempleo involuntario ocurre cuando individuos cualificados no encuentran trabajo con los salarios prevalecientes. Añade lo siguiente: “[I]nvoluntary unemployment that is due to inadequate demand-for consumption goods, investment goods, or both-is generally associated with economic slowdown or recession”. *Id.* pág. 4.

¹⁵⁹ *Id.* pág. 3.

¹⁶⁰ Tabla de aumentos desde el año 1949 al 1990:

Año	Salario
1949	\$0.75
1955	\$1.00
1961	\$1.15
1963	\$1.25
1981-1990	\$3.35

America has enjoyed a vigorous economic recovery over the last four years with low inflation, low interest rates and low unemployment. The 9.7 million American workers earning between \$ 4.25 and \$ 5.15 per hour, however, have not shared fully in the benefits of this growing economy. The minimum wage, after adjusting for inflation, was approaching a 40-year low. Inflation largely wiped out the last increase in the minimum wage, adopted by Congress in 1989.

El último aumento al salario mínimo fue en el 2007, con una primera etapa que lo llevó de \$5.85, a \$6.55 en el 2008 y a \$7.25 en el 2009, que es el salario mínimo vigente. La propuesta del Presidente Obama, conocida como el *Fair Minimum Wage* de 2013,¹⁶¹ de aprobarse, conllevaría un primer aumento a \$8.20 la hora y a \$9.00 en el 2014.¹⁶² La propuesta incluye ajustes anuales de acuerdo al Índice de Precios del Consumidor (*Consumer Price Index*) y se propone disposiciones especiales para los trabajadores de Samoa Americana y en la comunidad de las Islas Marianas del Norte. Entre los argumentos a favor de la propuesta se encuentran que el aumento a \$9.00 le daría el valor real si los \$3.35 de 1982 se hubiesen adaptado al incremento en el costo de vida. Así se explica la postura de que los aumentos deben ir a la par con el incremento al costo de vida para evitar el continuo empobrecimiento de un por ciento alto de la sociedad.

Otro argumento a favor de un aumento en salario mínimo es el que propone que incrementa la productividad de los empleados al éstos sentirse bien remunerados y disminuye costos laborales. Además, la propuesta significaría un aumento de \$3500 por año para cerca de 15 millones de personas que lo invierten en la economía y un aumento moderado no provocaría pérdida de empleo. En el caso de Puerto Rico, los que promueven el aumento añaden que en la isla el mínimo se ha convertido en el máximo para la mayoría de los trabajadores.

De otra parte como argumentos en contra se encuentran que en momentos difíciles de la economía, este aumento incrementaría el desempleo; afecta la libre empresa y al pequeño comerciante; trae reducción de horas de trabajo y cantidad de empleados a tiempo completo; afecta a los empleados en los niveles más bajos de la línea de productividad; provoca mayor sustitución de horas hombres por máquinas, tecnología o comunicación digital. En el caso de Puerto Rico este aumento incrementaría los costos de producción por la cantidad de beneficios que disfrutaban los empleados, los cuales aumentan a la par que el salario mínimo. Les presento ciertos datos que aportan al análisis de la controversia por ambos bandos. En términos generales, FLSA aplica a compañías con volumen bruto anual de ventas de por lo menos \$500,000 y a otros empleados y entidades específicas.¹⁶³

¹⁶¹ H.R. No. 1010, 113th Cong., 1st Sess. 2013-2014.

¹⁶² Recientemente, la discusión sobre la propuesta del Presidente gira en torno a llegar a \$10.00 la hora.

¹⁶³ FLSA tiene una excepción para obreros agrícolas que trabajen para alguien que no haya utilizado más de 500 días de trabajo agrícola, en inglés *man-days*, en cualquier trimestre del año civil anterior.

Desde su aprobación en el 1938 se consideró que la aplicación de un salario mínimo a Puerto Rico y las Islas Vírgenes produciría efectos no deseados a sus respectivas economías. Por ello, en el 1940 se enmendó la ley para permitir el establecimiento de comités especiales que determinarían y emitirían órdenes con los salarios mínimos aplicables que podían ser inferiores al salario mínimo federal. Seguido se aprobó en el 1941 un ley de salario mínimo que implantaba el trato especial dado a Puerto Rico por el Congreso. En Puerto Rico se estableció como política pública que los salarios de los trabajadores en una industria o negocio pueden ser fijados a tono con las necesidades básicas de la vida y hasta de mera existencia, de tales trabajadores, independiente del valor del mercado de sus servicios, siempre y cuando tales salarios no menoscabe arbitrariamente la situación económica de la industria.¹⁶⁴

El 26 de junio de 1956 se aprobó la Ley Núm. 96 que estuvo vigente hasta el 1998.¹⁶⁵ Su objetivo era reglamentar mediante la fijación o revisión de las tasas de salarios más bajos que pudiera devengar un trabajador por la labor que realiza. Se creó la Junta de Salario Mínimo y se creaban Comités de Salario Mínimo. Esta Ley disponía que las empresas cubiertas por FLSA deberían llegar eventualmente al salario mínimo federal. Hasta el 1968 la labor de la Junta se limitó a la fijación de salarios y a reglamentar ciertas condiciones de empleo mediante los Decretos Mandatorios que tenían fuerza de ley. Ese año se le devolvió la facultad de conceder las licencias de vacaciones y de enfermedad en cualquier industria. En la enmienda a FLSA de 1989, que dispuso un nuevo aumento al salario mínimo, se eliminó el trato especial que se le daba a Puerto Rico, aunque en esa ocasión se le permitió que lo hiciera paulatinamente, pero antes del 1 de abril de 1996. Luego de esa fecha se eliminó completamente el trato deferente a Puerto Rico con relación a su economía. En el 1995 como parte de una llamada Reforma Laboral, se aprobó la Ley Núm. 84-1995.¹⁶⁶ En ésta se dispuso que las empresas cubiertas por FLSA en cuanto al volumen de negocio (\$500,000) debían aumentar automáticamente el salario al mínimo federal, a menos que el Decreto Mandatorio aplicable concediera un salario mayor. Las empresas no cubiertas por FLSA en cuanto al volumen de negocio les aplicaría el salario de los decretos hasta que se establecieran los más alto que pudiera pagar la industria. La Exposición de Motivos de la Ley Núm. 84 expone:

Específicamente, esta Ley permite hacerle justicia salarial a cientos de miles de empleados puertorriqueños; elimina la desigualdad en el trato en la compensación a los trabajadores en comparación con los empleados de los cincuenta estados; elimina la posibilidad de que se vaya al Congreso a cabildear un trato salarial inferior y desigual para los puertorriqueños; garantiza que cada vez que el Congreso disponga un aumento en el salario

¹⁶⁴ Véase *Hilton Hotels v. Junta de Salario Mínimo*, 74 D.P.R. 670 (1953).

¹⁶⁵ *Ley de Salario Mínimo de Puerto Rico*, Ley Núm. 96-1956, 29 L.P.R.A. 245 *et seq.*

¹⁶⁶ Enmienda de Ley para la Igualdad en la Aplicación del Salario Mínimo Federal de 1956, Ley 84-995 [en adelante Ley 84].

mínimo federal, los trabajadores puertorriqueños reciban dicho aumento inmediatamente, en igualdad de condiciones y términos que los cincuenta estados de la Unión; y permite la periódica revisión de las escalas salariales, ya que mientras más alto sea el aumento en el salario mínimo federal, más altas serán todas las escalas salariales en la empresa privada y en propio Gobierno . . . Durante más de cinco (5) décadas, en Puerto Rico ha regido una política pública salarial confusa, fraccionada e inconsistente. Esa política salarial fue justificada a base de las innegables condiciones económicas deprimidas en que se encontraba Puerto Rico en comparación con los estados de la Unión. Partiendo de esa premisa, en lugar de la protección de Salario Mínimo Federal, se procedió a establecer un complicado sistema de decretos mandatorios, promulgados por la Junta de Salario Mínimo, mediante los cuales se dispone el salario mínimo a pagar y los beneficios a conceder a los empleados del sector económico cubierto por cada decreto.¹⁶⁷

Tres años después se aprobó la Ley Núm. 180-1998.¹⁶⁸ En esta ocasión se dijo en la Exposición de Motivos lo siguiente:

Mediante la Ley Núm. 84 de 20 de junio de 1995, se aseguró estatutariamente que la política pública de la Isla era que los salarios mínimos federales aplicasen automática e inmediatamente en Puerto Rico a los trabajadores cobijados por la Ley Federal. **Por otro lado, dicha legislación también reconoció la necesidad de asegurar que los mandatos estatutarios de otros beneficios marginales, tales como las vacaciones y licencias por enfermedad, no operen en detrimento de nuestras oportunidades de desarrollo económico y de creación de nuevos empleos. La concesión de beneficios por encima del mandato estatutario deberá establecerse a tenor con la realidad económica y las condiciones de mercado.**¹⁶⁹

La Ley Núm. 180 eliminó la Junta de Salario Mínimo y en ella se dispuso que el salario mínimo federal aplicaría automáticamente a Puerto Rico. Además, a partir de su aprobación aplicaría también automáticamente, la reglamentación federal sobre salario mínimo, es decir, lo que son horas de trabajo, empleados y ocupaciones exentas, y lo que son horas o tiempo de trabajo. Esto constituye un mandato legislativo al poder judicial de interpretar legislación local conforme a la reglamentación federal

¹⁶⁷ Exposición de Motivos de la Enmienda de Ley para la Igualdad en la Aplicación del Salario Mínimo Federal de 1956.

¹⁶⁸ *Ley para Establecer la Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia por Enfermedad de Puerto Rico*, Ley Núm. 180-1998 [en adelante Ley Núm. 180].

¹⁶⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia por Enfermedad de Puerto Rico (Énfasis nuestro).

en una materia no ocupada por el ordenamiento federal. Esta disposición de la ley no ha sido objeto de interpretación.

De acuerdo a la Ley Núm. 180, las empresas no cubiertas por FLSA pagarán el 70% del salario mínimo prevaleciente y el Secretario del Trabajo puede reducir el por ciento si se le demuestra “[q]ue su implantación afectará substancialmente los empleos de las empresas cubiertas por este Artículo”.¹⁷⁰ (Énfasis nuestro). Nótese que es un reconocimiento del legislador de que incrementos al salario mínimo puede tener un impacto adverso en negocios pequeños.

A esta realidad hemos de añadir que los aumentos en salario mínimo tienen un impacto para el gobierno. En el 1985, en *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority et al.*,¹⁷¹ el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió que FLSA le aplica al gobierno, revocando una decisión previa del Tribunal. El dictamen provocó un disloque en los estados y en sus subdivisiones políticas. La reacción gubernamental fue tal que provocó que el Congreso enmendara la FLSA permitiéndole a los estados y gobiernos locales compensar el tiempo extra con tiempo compensatorio, pero no los eximió del pago de salario mínimo. En Puerto Rico también hubo crisis en el gobierno. Algunos municipios redujeron la jornada laboral semanal, la jornada diaria e implementaron normas para reducir horas extras. El 2 de septiembre de 2000 se aprobó la Ley Núm. 320-2000¹⁷² que le ordenaba al Secretario del Trabajo a pagar a todo empleado del sector público, excepto a los empleados municipales, una cantidad igual al salario mínimo federal o \$5.80 lo que resultara mayor. En la Exposición de Motivos se decía que los empleados públicos del gobierno quedaron excluidos del aumento del salario mínimo cuando se aprobó la Ley Núm. 180. Desconocemos el propósito de esta ley, pues los empleados públicos y los municipales estaban cubiertos por FLSA desde el 1985.

La FLSA permite jornadas de trabajo diferentes para personal de orden público de forma tal que no genere el pago de horas extras cuando trabajen más de 40 a la semana, pero en Puerto Rico la Constitución dice que no se puede trabajar más 8 horas diarias sin compensación extra. Por tanto, con relación a los policías, bomberos y guardias correccionales, el gobierno de Puerto Rico no puede valerse de este alivio que permite FLSA, con el efecto de la acumulación de horas extras no compensadas.

Sobre el impacto del aumento en la empresa privada es necesario mencionar los asuntos que cubre FLSA y los que no. Cubre salario mínimo; jornada semanal; compensación por horas extras; disposiciones sobre empleo de menores; y, disposiciones sobre récords. No cubre licencia de vacaciones; licencia de enfermedad; días feriados; hora de tomar alimentos; día de descanso; o, días y horas de cierre. Nuevamente, quedamos en una posición de desventaja en comparación con otros estados, pues todos estos beneficios de trascendental importancia para los

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority et al.*, 469 U.S. 528 (1985).

¹⁷² Ley para ordenar al Secretario del Trabajo y Recursos Humanos que fije el salario mínimo a pagarse a todo empleado en el sector público, excepto el de los empleados municipales.

trabajadores se pagan a base del salario regular por hora y cada vez que aumenta el salario mínimo aumentan los costos. La única ley federal que cubre alguna de estas materias es FMLA, pero los aumentos en salario no tienen impacto, pues el beneficio que brinda la ley es una licencia pero sin paga. A modo de ejemplo, FMLA concede una licencia para alumbramiento y para adopciones. En cambio, en Puerto Rico la empresa privada viene obligada a conceder una licencia con paga por 8 semanas y en el gobierno 12 semanas, en ambos casos con el sueldo completo.

Otro ejemplo del impacto potencial del aumento en salario mínimo es en la compensación por horas extras en exceso de 40 horas semanales a tiempo y medio el salario regular por hora para los patronos cubiertos por FLSA, y para los patronos no cubiertos, mayormente los patronos pequeños, la obligación es pagarlas a razón de dos veces el salario regular por hora. La situación se agrava para el pequeño comerciante en Puerto Rico, pues la Ley Núm. 180 establece mínimos de acumulación de licencia por vacaciones y de enfermedad con paga, la Ley Núm. 379-1948 dispone para periodos de tomar alimentos, y por cada 6 días de trabajo se le tiene que conceder al empleado un día de descanso.¹⁷³ Beneficios que se pagan conforme al salario regular por hora, que como mínimo será el salario mínimo que establezca el Congreso de Estados Unidos. Lo mismo ocurre con los empleados gubernamentales que a tenor con disposiciones estatutarias en algunos casos y en otros, conforme a reglamentación, acumulan 30 días al año de licencia de vacaciones y 18 días por licencia de enfermedad. Además, los empleados públicos disfrutaban días feriados con paga, y tienen derecho al período de tomar alimentos que se paga extra si no se disfruta. La diferencia en cuanto al efecto del incremento del salario mínimo, entre el sector público y privado, es que al gobierno se le permite pagar con tiempo compensatorio a razón de una y media (1 ½) vez por hora trabajada en exceso, hasta ciertos límites.

La discusión de este tema es urgente, pues Puerto Rico debe estar preparado para aceptar el aumento propuesto o para solicitar un trato especial, en la discusión presente sobre la propuesta del Presidente o en un futuro. Los tratos iguales no siempre resultan justos. La discusión sobre FLSA me obliga a traer a su atención una controversia relacionada. ¿Se justifica en el siglo XXI la clasificación exenta? Como en todas las controversias hasta ahora mencionadas existen argumentos divergentes.

Los empleados exentos no tienen derecho a un salario mínimo ni a una jornada laboral, porque son “asalariados”.¹⁷⁴ No hay obligación de aumentarles tasa de compensación (*rate*) por hora porque el hecho de que a los “no exentos” se les aumente. La clasificación *exento* existe desde el origen de FLSA y su definición es reglamentaria. El término se refiere a la categoría de empleados excluidos de los beneficios de las leyes que regulan salario y jornada de trabajo. También desde su

¹⁷³ 29 L.P.R.A. §§ 284, 285, 287.

¹⁷⁴ El concepto se define en la sección 13 (a) (1) del *Federal Labor Standards Act*, 29 C.F.R. § 541.

origen se ha reconocido lo difícil que resulta definir el término. “[I]t is very difficult to say . . . where a worker leaves off and a professional or executive begins.”¹⁷⁵

La inclusión de profesional en la categoría exento también aparece desde el 1938. En ese momento histórico el concepto se definía como trabajo eminentemente intelectual y de variado carácter en oposición al trabajo mentalmente rutinario, manual, mecánico o físico que requiriera discreción y juicio en cuanto a la manera y forma de realizarlo, en oposición a trabajo sujeto a dirección activa y supervisión.¹⁷⁶ El fundamento para la creación de esta clasificación respondía a que las personas que estaban al frente de una empresa recibían altos salarios y su compromiso con esta era tal que no era necesario encajonarlos en horarios fijos.¹⁷⁷ La labor que estos realizaban era difícil de medir en unidades de tiempo y hacía difícil el cumplimiento con las disposiciones de las leyes que regulan jornada de trabajo.

La aprobación de FLSA perseguía fijar salarios mínimos y jornadas de trabajo para los empleados para proveer un estándar mínimo de vida, necesario para la salud, seguridad, eficiencia y bienestar de los trabajadores y sus familias. Como ya indicamos, de sus beneficios se excluyó a los empleados exentos entre los cuales se encuentran los ejecutivos, administradores y profesionales. Con el transcurso del tiempo se han añadido más grupos de empleados a la categoría de exentos,¹⁷⁸ mientras los cambios socioeconómicos han alterado las relaciones jurídicas¹⁷⁹ de forma tal, que si tomamos el salario mensual que recibe un empleado exento y lo dividimos por la cantidad de horas que se le requiere trabajar, este está devengando un salario por hora muy por debajo del salario mínimo vigente de \$7.25 por hora.

A partir de 1940, mediante reglamento, se definieron los términos ejecutivo, administrativo y profesional a base de deberes y sueldo. En la categoría de profesionales quedaron los abogados y los médicos, que además de estar exentos del pago de horas extras, también están excluidos de los requisitos de salarios,¹⁸⁰ lo que significa que independientemente de la cantidad de salario que devenguen, se consideran exentos. Estas clasificaciones al igual que todas las exentas tienen que

¹⁷⁵ William G. Whittaker, *The Fair Labor Standards Act: A Historical Sketch of the Overtime Pay Requirements of Section 13(a)(1)* 1-88, n. 6 (Federal Publications, Cornell University I.L.R. School 2005).

¹⁷⁶ *Id.* pág. 3.

¹⁷⁷ Citando del trabajo de Scott Miller, *Work life balance and the white collar employee under the FLSA* 7 Employee Rights & Empl. Policy J. 1 (2003), (verificar) la estudiante de Derecho, Marylyn Rivera nos dice que históricamente se ha entendido que la intervención gubernamental con los empleados llamados exentos es incompatible con su estatus social y tipo de servicios prestados, difícil de fraccionar en horas. Véase Marylyn Rivera González, *Médicos y abogados como empleados exentos: La validez de las deducciones en los sueldos y las exigencias de horario impuestas a esta clase profesional* 1-2 (Trabajo no publicado preparado como requisito del Seminario Reformas Laborales Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico 2012).

¹⁷⁸ 29 C.F.R. §§ 541.300-541.304.

¹⁷⁹ Rivera González, *supra* n. 181, pág. 2.

¹⁸⁰ 29 C.F.R. § 541.600(e); 29 C.F.R. § 541.304(d).

recibir compensación a base de salario u honorarios. El patrono para valerse de la clasificación de exento debe velar porque la compensación de éstos apruebe la prueba salarial o el *salary basis test*.¹⁸¹ Esta prueba requiere que al empleado se le compense un salario que no esté sujeto a reducciones por razón de variaciones en la calidad o cantidad de trabajo que se realice. Por tanto, el descuento de salario de ausencias de menos de un día, convierte al empleado en uno por hora.

La reglamentación establece excepciones que permiten ciertos descuentos. La primera excepción permite que cuando el empleado se ausenta del trabajo por uno (1) o más días completos por razones personales que no incluyan enfermedad o incapacidad no pierde su estatus de exento, pero se le pueden descontar días completos a partir de un día completo de ausencia. Si se ausenta 1 ½ día, sólo se le podría descontar un día.¹⁸² Una segunda excepción permite ausencias de uno (1) o más días por enfermedad o incapacidad, incluyendo accidentes de trabajo, si la deducción se hace de acuerdo a un plan *bona fide*, política o práctica de proveer compensación en sustitución de salarios.¹⁸³ Aunque a este tipo de empleado no se le pueden hacer deducciones por ausencias por servir de jurado, ser testigo o en licencia militar temporal, el patrono puede reducirle de su salario la cantidad que éste reciba por estos servicios en una semana en particular¹⁸⁴. Tampoco pierde la categoría de exento un empleado al cual se le deduzca su salario por infracciones significativas a reglas de seguridad.¹⁸⁵

Otras instancias en las cuales se pueden hacer deducciones sin que el empleado pierda su condición de exento son: suspensiones de sueldo como medida disciplinaria de 1 o más días que respondan a una política escrita aplicable a todos los empleados;¹⁸⁶ hacer pagos parciales durante la primera o en la última semana de trabajo;¹⁸⁷ hacer descuentos por días que el empleado esté en licencia médica familiar.¹⁸⁸

Los médicos y los abogados¹⁸⁹ son empleados exentos que cobran salario (*salary basis*) u honorarios (*fee basis*). Esto significa que deben recibir lo estipulado completo sin tomar en consideración el número de horas o de días trabajados, salvo que las deducciones que se le hagan cumplan con las excepciones antes enumeradas. Es entendible que para saber si la ausencia de más de un (1) día cae dentro de las excepciones y proceda el descuento, se lleve un registro. Lo que resulta chocante es que el registro requiera un detalle de horas y minutos, cuando no se le compensa

¹⁸¹ *Id.* § 541.602.

¹⁸² *Id.* § (b)(1).

¹⁸³ *Id.* § (2).

¹⁸⁴ *Id.* § (1), (3).

¹⁸⁵ *Id.* § (4).

¹⁸⁶ *Id.* § (5).

¹⁸⁷ *Id.* § (6).

¹⁸⁸ *Id.* § (7).

¹⁸⁹ Rivera González, *supra* n. 181, págs. 8-9. En el 1967 a los médicos y abogados se le unieron los maestros, a quienes tampoco les aplica el *test* salarial.

por el tiempo trabajado en exceso de la jornada regular de trabajo del empleado. Recordemos que la clasificación exenta se sostiene sobre el fundamento de que el trabajo intelectual no se puede medir por horas y que se mide por servicios prestados, compensados por salario u honorarios.

G. Beneficios

En Puerto Rico tenemos varios sistemas de retiro gubernamental. El Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno y sus instrumentalidades creado por la Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, según enmendada; el Sistema de Retiro de la Judicatura, creado por la Ley Núm. 12 de 19 de octubre de 1954, según enmendada; y, el Sistema de Retiro para Maestros creado por la Ley Núm. 218 de 6 de mayo de 1951, según enmendada.

El Sistema de Retiro de los Empleados de Energía Eléctrica, es producto de la negociación colectiva, creado mediante la Ley Núm. 351 de 13 de mayo de 1947, Ley Núm. 21 de 28 de abril de 1980 y Ley Núm. 41 de 5 de junio de 1986. Este sistema se rige por reglamentación interna. El Sistema de Retiro de la Universidad de Puerto Rico que se rige por un Reglamento aprobado por la Junta de Síndicos.

Además de las leyes habilitadoras de los Sistemas de Retiro se han aprobado una serie de leyes que se consideran especiales con el propósito de conceder beneficios o derechos adicionales a los provistos por las leyes o reglamentos habilitadores. Estas leyes especiales no enmiendan las leyes citadas sino que las complementan. Recientemente, en *Pagán Santiago, et al. v. Administración de los Sistemas de Retiro*,¹⁹⁰ el Tribunal Supremo se enfrentó a la interrogante de si los empleados retirados por retiro temprano conforme a Ley de 2000 tenían derecho a un aumento de 3% concedido en el 2007. La respuesta fue en la negativa. Se explica en la Opinión que el programa de retiro temprano es distinto al sistema de retiro de la Ley Núm. 447¹⁹¹ y se paga de un fondo distinto. Es un retiro transicional y no tienen derecho al aumento del 3% a menos que al 1 de enero de 2004 ya fueran acreedores de la pensión regular.

El Tribunal recuerda que desde *Bayrón v. Serra*,¹⁹² se abandonó la teoría de las pensiones como dádivas y se trasladaron a la teoría del contrato. Nos dice que la teoría contractual postula que entre el Estado y el empleado hay un acuerdo de voluntades que produce un efecto jurídico vinculante para ambas partes. El plan de retiro al amparo de la Ley Núm. 447 es parte de ese contrato. “Por esa razón la Asamblea Legislativa no tiene facultad para menoscabar ese derecho adquirido de naturaleza contractual o que ha sido ‘comprado’, por el participante mediante

¹⁹⁰ *Pagán Santiago, et al. v. Administración de los Sistemas de Retiro*, 185 D.P.R. 341 (2012).

¹⁹¹ *Ley del Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno de Puerto Rico y sus Instrumentalidades*, Ley Núm. 447-1951 [En adelante Ley 447].

¹⁹² *Bayrón v. Serra*, 119 D.P.R. 605 (1987).

aportaciones compulsorias provenientes de su salario”.¹⁹³ Ahora bien, en *Bayrón*, el Tribunal luego de trasladar las pensiones a los contratos, señaló lo siguiente:

Resolvemos que los participantes de un Sistema de Retiro del Gobierno tiene un derecho adquirido de naturaleza contractual que surge con el ingreso del empleado al sistema, independientemente de que la participación sea voluntaria o compulsoria. Una vez el empleado se ha retirado, cuando ha cumplido con todas las condiciones para el retiro, su pensión no está sujeta a cambios o menoscabos... **Sin embargo, antes de que pueda acogerse a la jubilación, los términos del sistema de retiro pueden ser enmendados por el Gobierno siempre que las enmiendas sean razonables y con el fin de adelantar la solvencia actuarial del mismo.**¹⁹⁴ (Énfasis nuestro)

Otra realidad que no podemos negar es que cuando en el pasado nos referíamos a nuestros padres de más de cincuenta (50) años, les decíamos viejos. Hoy la expectativa de vida se extiende mucho más allá de esa edad y ha promovido aumentos en la edad mínima para el retiro. La pensión por edad del Seguro Social va por los sesenta y siete (67) años y nada impide que continúe el incremento en la edad mínima para poder tener este beneficio. Los problemas del siglo XXI deben atenderse con soluciones de futuro, sobretodo en asuntos relacionados con los sistemas de retiro.¹⁹⁵

La ley federal que ocupa el campo, ERISA, excluye los planes de retiro gubernamentales. Esta es una ley muy estructurada en la cual los síndicos son fiduciarios del sistema y los administradores de los planes tiene la responsabilidad de estructurar y evaluar la razonabilidad de los términos, la concesión y denegatoria de beneficios. La sección 502(a)(3) de ERISA permite remedios en equidad por violaciones a la ley. El peticionario que utilice esta sección tiene que demostrar con la preponderancia de la prueba un daño real (*actual harm*). La reforma o modificación de un plan podría constituir una violación de la ley, pero dice el Tribunal Supremo de Estados Unidos que si un tribunal federal encuentra problemas con un plan que se ha cuestionado al amparo de esta sección, puede ordenar su revisión, pero no puede asumir el trabajo de reestructurarlo en el foro judicial.¹⁹⁶ En el caso de un participante de un plan cubierto al que se le deniegan beneficios no le asiste una causa de acción

¹⁹³ *Pagán Santiago*, 185 D.P.R. pág. 354. Véase además, *Calderón v. Adm. Sistemas de Retiro*, 129 D.P.R. 1020, 1041-1042 (1992).

¹⁹⁴ *Bayrón*, 119 D.P.R. pág. 618.

¹⁹⁵ Con posterioridad a la redacción de este artículo el Tribunal Supremo declaró constitucional la reforma en el Sistema de Retiro de los empleados del gobierno. Véase *Trinidad Hernández v. E.L.A.*, 2013 T.S.P.R. 73 y *Trinidad Hernández v. E.L.A.*, 2013 T.S.P.R. 82. De igual forma, el 21 de febrero de 2014 en *Brau v. E.L.A.*, el Tribunal Supremo determinó que es constitucional la ley que reformó el Sistema de Retiro de los Jueces, pero limitando su aplicación de forma prospectiva.

¹⁹⁶ *CIGNA Corp. v. Amara*, 131 S.Ct. 1866 (2011).

de daños bajo ERISA, pero sí se le permite el recobro por pérdidas de beneficios por violaciones fiduciarias de los directores.¹⁹⁷

H. Limitaciones del sector laboral (Título sugerido)

El siglo XXI inicia con un movimiento sindical debilitado y fuertemente atacado. Se nota una marcada tendencia hacia la aprobación de leyes que impiden o que limitan la negociación colectiva tanto en el sector privado como en el sector público. En el sector privado la cantidad de estados que actualmente tienen leyes de derecho a trabajar (*right to work*) ha incrementado. Indiana aprobó una ley que prohíbe el taller unionado en el sector privado que ya había prohibido en la educación pública. Wisconsin prohibió el *agency shop* y los *fair share agreements* para todo empleado público. Mientras, en Michigan, un estado eminentemente pro sindicatos, se aprobó también una ley convirtiéndose en el más reciente estado con *right to work* para el sector público y privado, excluyendo de la prohibición a los policías, bomberos y a los *state troopers*.¹⁹⁸

El sector laboral con mayor crecimiento a mediados del siglo pasado, el sector público también ha sido fuertemente atacado. En Arizona y Dakota del Sur se introdujo legislación que prohíbe el reconocimiento voluntario de sindicatos por los gobiernos locales.¹⁹⁹ En el 2011, Oklahoma eliminó el derecho a negociar de empleados municipales; Tennessee hizo lo mismo con los maestros; Wisconsin le quitó la facultad de negociar a los empleados de hospitales y clínicas de la Universidad de Wisconsin y a los proveedores de servicios de cuidado de niños y de salud; Nevada le quitó el derecho a negociar a los médicos, abogados y a ciertos supervisores.

En el mismo año, Wisconsin también prohibió la negociación colectiva de cualquier cosa que no fuera salarios básicos, excluyendo tiempo extra, paga *premium*, paga por mérito, paga por productividad, pagos suplementarios y paga progresiva. Además, el salario básico no podía aumentar de cierta cantidad. Aunque un patrono público quisiera negociar, estaba impedido de hacerlo. El estado de Idaho intentó algo similar que incluía una prohibición de negociar cláusulas transitorias, pero mediante referéndum fue derrotada la propuesta. Otros estados que le han puesto limitaciones a la negociación colectiva pública son Indiana, Michigan, Illinois, New Jersey y Massachusetts.²⁰⁰ El profesor de Derecho y Director del Instituto de Derecho y el Centro de Trabajo de la Escuela de Derecho de Chicago-Kent del Instituto de Tecnología de Illinois, Martin H. Malin analiza el efecto de estos acontecimientos de la siguiente manera:

¹⁹⁷ *La Rue v. De Wolf, Boberg & Asóciate, Inc.*, 552 U.S. 248 (2008).

¹⁹⁸ Martin H. Malin, *Does Public Employee Collective Bargaining Distort Democracy? A perspective from the U.S.* 34 Comp. Lab. L. & Policy J. 277, 277-306 (2013).

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ *Id.*

[T]hese legislative initiatives replace worker voice with unilateral employer control . . . The view that replacing mandated worker voice with unilateral employer control will result in improved public service is naïve at best . . . the elimination of worker voice in most decisions affecting public employees will likely redound to the detriment not only of employees, but also the public.²⁰¹

En oposición a estos ataques frontales a la organización sindical, se presentó en el Congreso el Proyecto de la Cámara H.R. 1409 para enmendar la *Ley Taft-Hartley* que pretendía establecer un sistema eficiente que le permitiera a los empleados formar, unirse o asistir sindicatos, y proveía para la obtención de *injunctions* cuando un patrono incurriera en prácticas ilícitas de trabajo durante los esfuerzos de organización. Se buscaba facilitar los procesos de organización sindical bajo la *Taft-Hartley*. El proyecto no prosperó.²⁰²

La realidad laboral es un reto para ambos sectores de la contienda laboral. En el caso de los sindicatos, éstos tienen que evaluar sus métodos de propaganda y sus luchas. El sector patronal tiene que ponderar que la rigidez con que trata a sus empleados y la limitación de beneficios, puede producir inestabilidad laboral que afecte su negocio, estén o no organizados sus empleados. En año pasado para el viernes después de Acción de Gracias, que es un día de mucha actividad comercial, empleados de algunas tiendas Walmart llegaron temprano con letreros denunciando prácticas laborales negativas. Los movimientos han sido espontáneos y podrían multiplicarse. ¿Acaso, el siglo XXI se caracterizará por un retorno a la tierra de nadie y a la inestabilidad laboral? Hubo un momento a partir de los años 30 del siglo pasado, en Puerto Rico y en los Estados Unidos, que la aspiración máxima era la paz laboral, ello después de huelgas y luchas de todo tipo.

²⁰¹ Malin, *supra* n. 202, pág. 288.

²⁰² *Employee Free Choice Act* of 2009.

